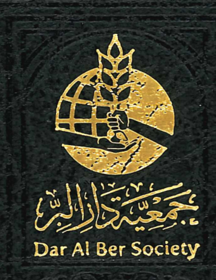
سلسلة جمعية دار البر للرسائل العلمية (٩)



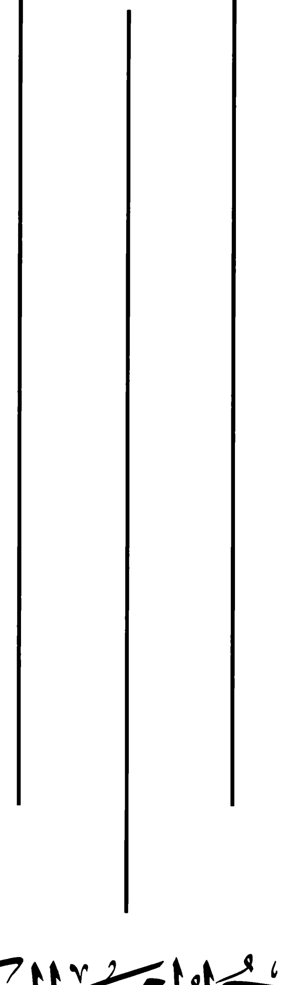


اعتنى به وصححه وعلق عليه

أحمد عبد الله حسن

المجلد الثاني





شرح المختصر الكبير

المجلّد الثّاني

ٱلطَّبْعَةُ ٱلأُولَى
١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

رقم التصريح: ٣٥٤٩ / ٢٠٢١ م

دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري - دبي



جمعية دار البر
Dar Al Ber Society

الإمارات العربية المتحدة - دبي ص.ب ٥٧٣٢

هاتف: ٠٠٩٧١٤٣١٨٥٠٠٠

فاكس: ٠٠٩٧١٤٣٣٠٦٣٣٦
daralber@emirates.net.ae
www.daralber.ae

سلسلة جمعية دار البر للرسائل العلمية (٩)



شرح المختصر الكبير

لأبي بكر محمد بن عبد الله المالكي الأبهري (٣٧٥هـ)

(مع ضبط متن المختصر الكبير)

لعبد الله بن عبد الحكم بن أعين المصري (٢١٤هـ)

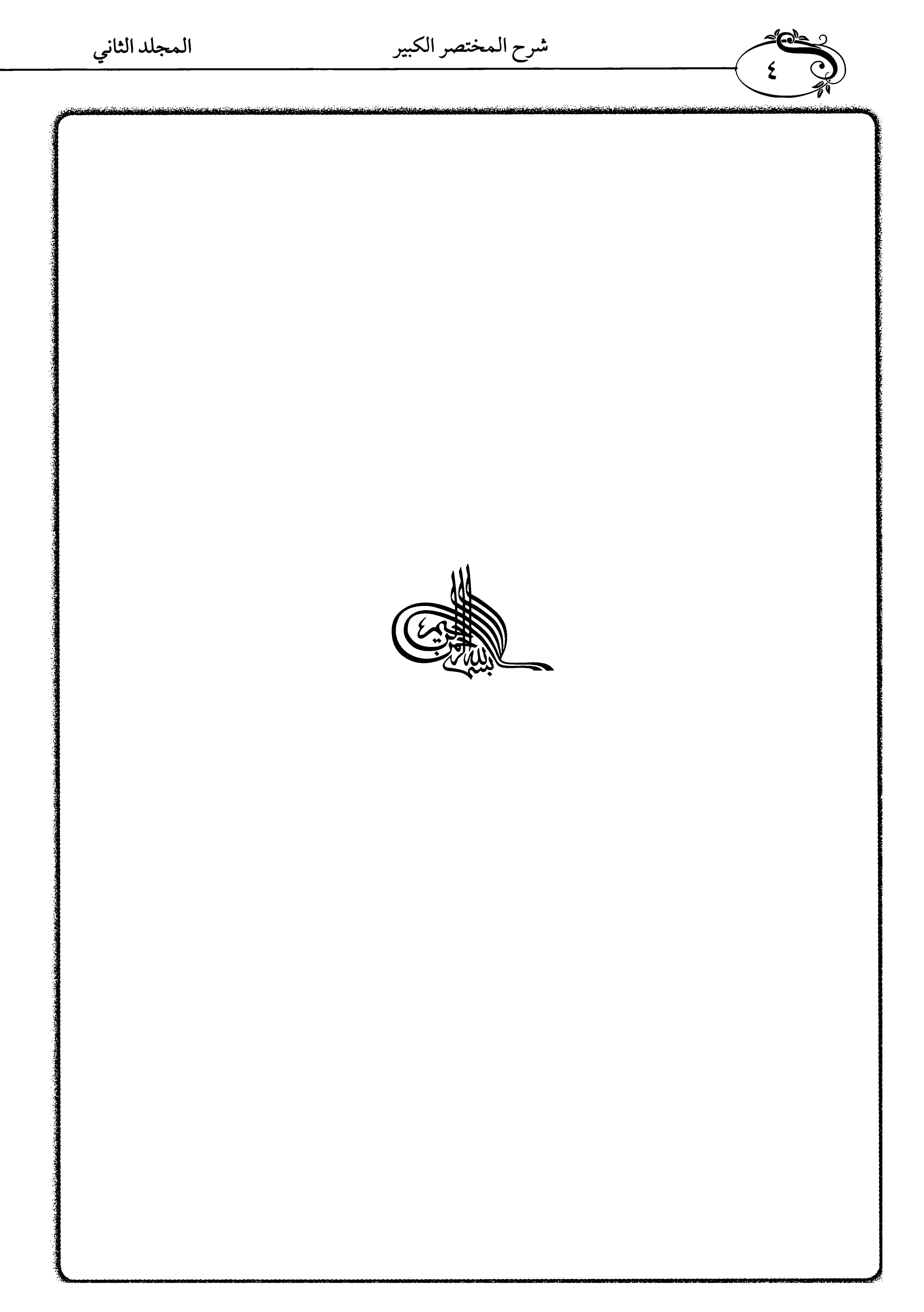
اعتنى به وصححه وعلق عليه

أحمد عبد الله حسن

المجلد الثاني

جمعية دار البر

الإمارات العربية المتحدة - دبي


بسم الله الرحمن الرحيم

[٣/ ٥٣/ أ] [٨٧٧]

..........[1] بن شماسة[2]، عن أبي الخير[3]، عن عقبة بن عامر، عن النبيِّ ﷺ قال: «**كَفَّارَةُ النَّذْرِ، كَفَّارَةُ اليَمِينِ**»[4]، ومعنىٰ هذا إذا لم يسمِّ النذر، فأمّا إذا سمَّاه فعليه ما سمَّىٰ دون كفّارة اليمين.

ورَوَىٰ سفيان، عن معمر، عن زيد بن رفيع[5]، عن أبي عبيدة[6]، عن

---

(١) هذا هو أول الموجود من باب النذور، ويشبه أن تكون المسألة التي يشرحها الأبهري، المسألة الأولىٰ من باب النذور والأيمان من المختصر الصغير، ص (٣٦٢): «ومن قال: عليَّ نذر إن فعلت كذا وكذا، ثمّ حنث، فكفارته كفّارة اليمين بالله، إلّا أن يكون سمَّىٰ لنذره مخرجاً أو نوىٰ به شيئاً»، وهذا يدل علىٰ أنّ الساقط من هذا الباب قبل هذا الموضع يسير جدّاً، والله أعلم، وينظر: الموطأ [٣/ ٦٨٢]، المدونة [١/ ٥٨١]، النوادر والزيادات [٤/ ٢٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٥/ ٣٥٦].

(٢) عبد الرحمن بن شماسة المَهري المصري، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٥٨٢).

(٣) مرثد بن عبد الله اليزني المصري، ثقة فقيه، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٩٢٩).

(٤) أخرجه مسلم [٥/ ٨٠]، وهو في التحفة [٧/ ٣٢٠].

(٥) زيد بن رفيع الجزري، مولىٰ أسماء بن خارجة، من أهل نصيبين، يروي عن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود، روىٰ عنه معمر وأهل بلده، وكان فقيهاً ورعاً فاضلاً. الثقات لابن حبان [٦/ ٣١٤].

(٦) أبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود، كوفي ثقة، من كبار الثالثة، والراجح أنّه لا يصح سماعه من أبيه. تقريب التهذيب، ص (١١٧٤).

عبد الله: «**النَّذْرُ يَمِينٌ**»(١).

ورَوَىٰ سفيان، عن أبي خالد(٢)، عن أبي سفيان(٣)، عن جابر: «**النَّذْرُ يَمِينٌ**»(٤).

ورَوَىٰ منصور، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس: «**إِذَا قَالَ: عَلَيَّ نَذْرٌ، فَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ، عِتْقُ رَقَبَةٍ**»(٥).

ورَوَىٰ سعيد(٦)، عن قتادة(٧)، عن سعيد بن جبير، عن ابن عمر قال: «**إِذَا قَالَ: عَلَيَّ نَذْرٌ وَلَمْ يُسَمِّهِ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ**»(٨).

---

(١) أخرجه مسدد، كما في المطالب العالية [٨/ ٥٨٢]، عن يحيىٰ القطان، عن سفيان، به.

(٢) يزيد بن عبد الرحمن، أبو خالد الدالاني الأسدي الكوفي، صدوق يخطئ كثيراً، وكان يدلس، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (١١٣٩).

(٣) طلحة بن نافع الواسطي نزيل مكة، صدوق، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٤٦٥).

(٤) أخرجه عبد الرزاق [٨/ ٤٤٢]، وابن أبي شيبة [٧/ ٥٢٣].

(٥) أخرجه عبد الرزاق [٨/ ٤٤١]، من طريق منصور، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس في النذر والحرام، قال: «إذا لم يسم شيئًا»، قال: أغلظ اليمين، فعليه رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً.

(٦) سعيد بن أبي عروبة اليشكري مولاهم البصري، ثقة حافظ، له تصانيف، لكنه كثير التدليس واختلط، وكان من أثبت النّاس في قتادة، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٣٨٤).

(٧) قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي البصري، ثقة ثبت، وهو رأس الطبقة الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٧٩٨).

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة [٧/ ٥٢٦].

فأمّا إذا سمَّىٰ لنذره مخرجـًا، فإنّه لا بد له من الوفاء به إذا كان طاعةً لله عَزَّ وَجَلَّ؛ لقوله سبحانه: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة:١]، والنذر عقدٌ من العقود؛ لقوله تبارك وتعالىٰ: ﴿وَمِنۡهُم مَّنۡ عَٰهَدَ ٱللَّهَ لَئِنۡ ءَاتَىٰنَا مِن فَضۡلِهِۦ لَنَصَّدَّقَنَّ وَلَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلصَّٰلِحِينَ ٧٥ فَلَمَّآ ءَاتَىٰهُم مِّن فَضۡلِهِۦ بَخِلُواْ بِهِۦ وَتَوَلَّواْ وَّهُم مُّعۡرِضُونَ ٧٦ فَأَعۡقَبَهُمۡ نِفَاقًا فِي قُلُوبِهِمۡ إِلَىٰ يَوۡمِ يَلۡقَوۡنَهُۥ بِمَآ أَخۡلَفُواْ ٱللَّهَ مَا وَعَدُوهُ﴾ [التوبة:٧٥-٧٧]، فذمَّ الله سبحانه من لم يوفِ بما أوجبه علىٰ نفسه، وقال الله سبحانه: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾ [الإسراء:٣٤].

فروىٰ مالكٌ، عن طلحة بن يحيىٰ[(١)] الأيلي[(٢)]، عن القاسم بن محمد، عن عائشة رضي الله عنها، زوج النبي[(٣)] ﷺ قال: «**مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ الله تَعَالَىٰ فَلْيُطِعْهُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ الله تَعَالَىٰ فَلَا يَعْصِهِ**»[(٤)].

فلذلك قال مالك أيضـًا: «إنه يفي بما كان طاعةً لله عَزَّ وَجَلَّ من النذر، من: صيامٍ أو صدقةٍ [٣/٥٢/ب] أو صلاةٍ أو غير ذلك من الطاعات، وينتهي عما كان

---

(١) قوله: «طلحة بن يحيىٰ»، كذا في شب، وهو خطأ صوابه: «طلحة بن عبد الملك»، كما في مصادر ترجمته ومصادر التخريج.

(٢) طلحة بن عبد الملك الأيلي، ثقة، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٤٦٤).

(٣) قوله: «زوج النبيِّ ﷺ قال»، كذا في شب، وهو خطأ، صوابه: «زوج النبيِّ ﷺ، أنَّ النبيَّ قال».

(٤) أخرجه مالك [٣/٦٧٨]، ومن طريقه البخاري (٦٦٩٦)، وهو في التحفة [١٢/ ٢٦٠].

معصيـة لله عَـزَّ وَجَلَّ فلا يفي به»، وذلـك مثل أنْ يقول: لله عليَّ نذرٌ أنْ أشـرب خمراً، أو أقتل رجلاً، وما أشبه ذلك.

❀❀❀

[٨٧٨] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ قَـالَ: «لِلهِ عَليَّ نَذْرٌ إنْ لَمْ أَشْـرَبْ خَمْرَاً أَوْ أَقْتُل رَجُلَاً»، فَإِنَّهُ لا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَفْعَلَ شَـيْئَاً مِمَّـا حَلَفَ عَلَيْهِ مِنْ مَعْصِيَةِ الله عَزَّ وَجَلَّ، وَلِيُكَفِّرْ عَنْ يَمينِهِ.

فَإِنِ ابْتُلِيَ بِشَيْءٍ مِمَّا حَلَفَ عَلَيْهِ، فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا قال: «لله علي نذرٌ إن لم أشـرب الخمر أو أقتل رجلاً»، فمعنىٰ هذا القول من قائله: «لله عليَّ نذرٌ متىٰ تمسّكت بطاعته ولم أفعل معصيته»، فمتىٰ عقد هذا النّذر، وجب عليه الوفاء بما عقده علىٰ نفسه إن كان قد سمّاه، فإن لم يسمّه فعليه كفّارة يمينٍ كما ذكرناه.

فإن فعل المعصية وترك الطاعة، لم يلزمه النذر؛ لأنّه إنّما جعله علىٰ نفسـه متىٰ تمسـك بالطاعة وامتنع من المعصية شـكراً لله عَزَّ وَجَلَّ علىٰ ذلك، فمتىٰ لم يمتنع من المعصية، لم يلزمه النذر، وعليه وزر ما ركب من المعصية.

❀❀❀

[٨٧٩] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «لِلهِ تَعَالَىٰ عَليَّ نَذْرٌ إِنْ تَصَدَّقْتُ اليَوْمَ بِصَدَقَةٍ وَلَا تَنَفَّلْتُ بِرَكْعَةٍ»، فَإِنَّهُ بِالْخِيَارِ:

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢١٨)، المدونـة [١/ ٥٨٦]، النوادر والزيـادات [٤/ ٢٥]، التفريع [١/ ٣٧٧].

⇦ إِنْ شَاءَ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ، وَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ اليَمِينِ إِذَا فَعَلَ.

⇦ وَإِنْ شَاءَ أَنْ لا يَفْعَل وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ، فَذَلِكَ إِلَيْهِ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّه جعل عليه النذر متىٰ فعل ما ذكر من الصدقة والصلاة، فلزمه ذلك؛ لحصول الصفة التي أوجب بها النذر علىٰ نفسه، وهو كفّارة يمينٍ إذا لم يسمه.

فإن لم يفعل ما ذكر من صدقةٍ وصلاةٍ، فلا [٣/ ٥٣/ ب] شيء عليه؛ لأنّه لم يفعل ما يجب النذر عليه بفعله.

❀❀❀

[٨٨٠] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «لِلهِ عَزَّ وَجَلَّ عَلَيَّ نَذْرٌ أَنْ أَقْتُلَ رَجُلاً، أَوْ أَشْرَبَ خَمْرَاً، أَوْ أَرْكَبَ مَعْصِيَةً»، فَإِنَّهُ لا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةِ الله تَعَالَىٰ، وَلا يَفْعَلُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئَاً، وَلا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ قوله: «لله عَزَّ وَجَلَّ عليَّ أنْ أفعل كذا وكذا من المعصية»، لا يخلو من أحد أمرين:

⇦ إمّا أنْ يلزم نفسه ذلك بهذا القول، وعقد النذر في المعصية غير لازمٍ.

⇦ أو يكون مُخبراً أنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ ألزمه ذلك من غير إيجابٍ يوجبه هو

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٨)، المدونة [١/ ٥٨٥]، النوادر والزيادات [٤/ ٢٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٨)، المختصر الصغير، ص (٣٦٣)، المدونة [١/ ٥٨٦]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠١)، النوادر والزيادات [٤/ ٢٥]، التفريع [١/ ٣٧٥]، البيان والتحصيل [٣/ ٢٥٥].

علىٰ نفسه، وهذا فهو فيه غير صادقٍ، فلا يلزمه بهذا القول ما ألزم نفسه من فعل المعصية علىٰ أي وجهٍ أراده.

وقد رَوَىٰ مالكٌ، عن طلحة بن يحيىٰ، عن القاسم، عن عائشة رضي الله عنها، أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ الله فَلْيُطِعْهُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ الله سُبْحَانَهُ فَلَا يَعْصِهِ**»(١).

ورَوَىٰ عبد الله بن المبارك(٢)، عن يونس، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «**لا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةٍ**»(٣).

❀❀❀

[٨٨١] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «لِلهِ عَزَّ وَجَلَّ عَلَيّ نَذْرٌ أَنْ لا أَتَصدَّقَ بِصَدَقَةٍ وَلا أَتَنفَّلَ بِرَكْعَةٍ»، فَإِنَّهُ يَفْعَلُ مِنْ ذَلِكَ مَا أَحَبَّ وَلا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ.

وَإِنَّمَا يُوَفَّىٰ مِنْ ذَلِكَ بِمَا كَانَتْ لِلهِ تَعَالَىٰ فِيهِ طاعَةٌ(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ تركه فعل هذه الأشياء وإلزامه نفسه ترك فعلها بالنذر

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٨٧٧ .

(٢) عبد الله بن المبارك المروزي، مولىٰ بني حنظلة، ثقة ثبت فقيه عالم، من الثامنة. تقريب التهذيب، ص (٥٤٠).

(٣) أخرجه أبو داود [٤/ ٩٢]، والترمذي [٣/ ١٨٥]، وابن ماجه [٣/ ٢٥٧]، وهو في التحفة [١٢/ ٣٦٧].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢١٨).

معصيةٌ لله سبحانه، فلا يلزمه ذلك ولا يصح نذره فيه؛ لقول رسول الله ﷺ: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ الله تَعَالَىٰ فَلَا يَعْصِهِ».

❀❀❀

[٣/ ٥٤أ] [٨٨٢] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن نَذَرَ نَذْراً: «أَنْ أَفْعَلَ شَيْئًا لا يُكَفِّرُهُ صِيَامٌ وَلَا صَدَقَةٌ»، ثُمَّ حَنِثَ، فَلِيَسْتَغْفِرِ الله عَزَّ وَجَلَّ، وَيُجْزِيهِ مِنْ ذَلِكَ كَفَّارَةُ اليَمِينِ**[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا إنّما أراد التغليظ بهذا القول، فيحل به كفّارة يمينٍ؛ لأنّه لم يسم لنذره مخرجًا فيلزمه ما سمىٰ، وهذا بمنزلة ما يؤكد اليمين ويكررها، فتلزمه كفارةٌ واحدةٌ لذلك.

❀❀❀

[٨٨٣] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «لِلهِ تَعَالَىٰ عَلَيَّ عَشْرُ نُذُورٍ» ثُمَّ حَنِثَ، فَعَلَيْهِ عَشَرَةُ أَيْمانٍ**[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ كلّ نذرٍ يمينٌ وكفارته كفّارة يمينٍ إذا لم يسمه، وذلك بمنزلة ما يحلف عشرة أيمانٍ مستأنفةٍ علىٰ شيءٍ أو في أشياء مختلفةٍ، فعليه عشر كفاراتٍ، لكل يمينٍ كفارةٌ.

❀❀❀

[٨٨٤] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «لِلهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَىٰ عَلَيَّ نَذْرٌ: صِيَامُ يَوْمٍ، أَوْ**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٨).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٨)، النوادر والزيادات [٤/ ١٢].

ليعْتقنَّ رَقَبَةً، أَوْ صِيَامُ شَـهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، إِنْ لَمْ يَحُجّ العَامَ»، فَهُوَ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ، أَيُّ ذَلِكَ شَاءَ أَنْ يَفْعَلَ فَعَلَ[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا إنّما ألزم نفسه أحدهما لعدم الآخر:

⇦ فإن حجَّ في عامه، لم يكن عليه ما سمَّىٰ من النذر.

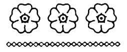
⇦ وإن لم يحج، كان عليه واحدٌ من الأشياء التي ألزم نفسه.

الخيـار إليـه في أحدهما؛ لأنّه ألزم نفسـه علىٰ وجه اختيـاره، كما يكون له الخيـار فـي كفّارة اليمين أن يكفر بواحدٍ من الأشـياء التـي خيَّرَهُ الله تعالىٰ فيها، من: عتقٍ، أو كسوة عشرة مساكين، أو إطعامهم.

❀❀❀

[٨٨٥] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَالنُّذُورُ فِي الغَضَبِ وَالرِّضَا سَواءٌ**[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النذر شـيءٌ يُلْزِمُه الإنسان نفسه، فيلزمه ذلك، سواءٌ كان ذلـك فـي غضبٍ [٣/ ٥٤/ب] أو رضـًا، كما يحلف بالله تعالـىٰ فيلزمه ذلك في الغضب والرضا، ويحلف بالطلاق والعتق، أو يطلق ويعتق في الغضب والرضا، فيلزمه ذلك.



(١) المختصر الكبير، ص (٢١٨).
(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٩)، التفريع [١/ ٣٧٧]، البيان والتحصيل [٣/ ١٥٠].

[٨٨٦] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «عَلَيّ عَهْدُ الله وَميثاقُهُ وَكَفَالَتُهُ»، فَعَلَيْهِ ثَلاثَةُ أَيْمانٍ، لِكُلِّ واحِدَةٍ كَفّارَةٌ(١).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ العهد يميـنٌ، والكفالة يمينٌ، والميثاق يمينٌ، فعليه ثـلاث كفاراتٍ إذا أراد بها اسـتئناف اليمين، كما يريد ذلـك بقوله: «والله، والله، واللـه»، فعليه لكل يمينٍ كفـارةٌ، إلّا أن يكون أراد بالتكريـر التوكيد، فعليه كفارةٌ واحدةٌ(٢).

والكفارة تجب عند مالكٍ إذا حلف الإنسان بصفةٍ من صفات الله عَزَّ وَجَلَّ، ثـمّ حنـث، كما تجب عليـه إذا حلف بأسـمائه تعالىٰ؛ لأنَّ صفات الله وأسـمائه بمعنىٰ واحدٍ في هذا، فإذا حلف بواحدٍ منها، ثمّ حنث كانت عليه الكفّارة.

وصفاته: مثل عهد الله، وميثاقه، وعزته، وقدرته، وأشباه ذلك.

وأسماؤه: مثل والله، والرحمن، والرحيم، وأشباه ذلك.

وكل هذه يمينٌ إذا حلف بها الحالف، فعليه الكفّارة إذا حنث.

❀❀❀

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢١٩)، المختصر الصغير، ص (٣٦٣)، المدونة [١/ ٥٧٩]، النوادر والزيادات [٤/ ١١]، البيان والتحصيل [٣/ ١٧٨].

(٢) نقل اللخمي هذا القول عن الأبهري في التبصرة [٤/ ١٦٧٦]، وكذلك التلمساني في شرح التفريع [٥/ ٣٩٣].

[٨٨٧] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «عَلَيَّ عَهْدُ الله إِنْ فَعَلْت كَذَا وَكَذَا» ثُمَّ حَنِثَ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ العهد يمينٌ، إذ هو من صفة الله عَزَّ وَجَلَّ، فعليه الكفّارة إذا حنث فيما حلف عليه.

❀❀❀

[٨٨٨] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «عَلَيَّ عَهْدُ الله وَمَواثِيقُهُ إِنْ فَعَلَ كَذَا وَكَذَا»، ثُمَّ حَنِثَ، فَعَلَيْهِ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ**(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ عهد الله تبارك وتعالىٰ يمين، ومواثيقه أيمانٌ ثلاثةٌ [٣/٥٥/أ] فعليه أربع كفاراتٍ إذا حنث؛ لأنّها أربعة أيمانٍ.

❀❀❀

[٨٨٩] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن كَانَ حَالِفًا، فَلَا يَحْلِفُ إِلَّا بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَلَا يَحْلِفُ أَحَدٌ بِغَيْرِ الله جَلَّ اسْمُهُ**(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال فيما رواه مالكٌ وعبيد الله، عن نافع،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٩)، المدونة [١/ ٥٧٩]، النوادر والزيادات [٤/ ١١]، التفريع [١/ ٣٨٢].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٩)، التفريع [١/ ٣٨٢].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٩)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٢).

عن ابن عمر، عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال: «**لا تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كَانَ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ عَزَّ وَجَلَّ أَوْ لِيَصْمُتْ**»(١).

ولأنَّ النبيَّ ﷺ كانت أيمانه بالله تعالىٰ، وكذلك أصحابه رضي الله عنهم، من قِبَلِ أنَّه لا ينبغي للإنسان أن يعظِّمَ شيئًا يقسم به إلّا الله تبارك وتعالىٰ.

❀❀❀

[٨٩٠] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن أَقْسَمَ عَلَىٰ رَجُلٍ لَيَفْعَلَنَّ فِعْلاً، فَلَمْ يَفْعَلْ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَرَادَ بِهِ اليَمِينَ فَتَلْزَمُهُ اليَمِينُ**(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ اليمين إنّما تكون بالله عَزَّ وَجَلَّ إذا لفظ باسمه أو صفته، أو أراد ذلك وإن لم يلفظ به.

فأمّا إذا لم يلفظ بذلك ولم يرده فلم يكن حالفًا؛ لأنّه لم يحلف بالله سبحانه لفظًا، ولا عقد ذلك علىٰ نفسه عقداً، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ [الأنعام:١٠٩].

---

(١) رواية مالك أخرجها في الموطأ [٣/ ٦٨٤]، ومن طريقه البخاري (٦٦٤٦)، ورواية عبيد الله أخرجها أبو داود [٤/ ٧٦]، وهي عن عبد الله بن عمر، عن أبيه عمر، والحديث في التحفة [٨/ ٦٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٩)، المختصر الصغير، ص (٣٦٤)، المدونة [١/ ٥٨٠]، النوادر والزيادات [٤/ ١٦].

فإذا أقسم بالله كانت يميناً، أو أراد ذلك فهي يمينٌ، وإن لم يرد ذلك ولم يلفظ به، فليست بيمينٍ.

❀❀❀

[٨٩١] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «أَشْرَكْتُ وَكَفَرْتُ بِهِ»، ثُمَّ حَنِثَ، فَلْيَسْتَغْفِرِ الله تَعَالَىٰ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ كَفَّارَةُ يَمِينٍ**[١].

✍ إنّما قال: «إنَّه لا كفّارة عليه في هذا القول»؛ لأنَّ هذا القول ليس بيمينٍ فيلزمه به عقد اليمين، وليس يخلو قوله: «أشركت بالله عَزَّ وَجَلَّ»:

⇦ أن يكون كما قال، [٣/ ٥٥/ب] فعليه أن يتوب إلىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ، ويستغفره مما قال.

⇦ أو ليس كما قال، فلا شيء عليه لقول الزور.

ولو وجب عليه لذلك كفارةٌ، لكان يجب عليه الكفّارة في قول كلّ زورٍ، وهذا فاسدٌ، ولكان عليه الكفّارة إذا تكلم بكذبٍ أو فُحشٍ أو قذفٍ، أو ما أشبهه مما لا يجوز أن يتكلم به، وهذا لا يقوله أحدٌ.

❀❀❀

[٨٩٢] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَعَقْدُ اليَمِينِ: أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ عَلَىٰ الشَّيْءِ أَنْ لا يَفْعَلَهُ ثُمَّ يَفْعَلهُ، فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ**[٢].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٩)، المختصر الصغير، ص (٣٦٤)، الموطأ [٣/ ٦٨١]، المدونة [١/ ٥٨٢]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٤)، التفريع [١/ ٣٨٢].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٩)، المختصر الصغير، ص (٣٦٦)، الموطأ [٣/ ٦٨٠].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله تعالىٰ قال: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة:٨٩] الآية، وكذلك رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنّه قال لعبد الرحمن بن سمرة: «**إِذَا حَلَفْتَ عَلَىٰ يَمِينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْراً مِنْهَا، فَائْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ**»، رواه يونس، عن الحسن، عن عبد الرحمن بن سمرة، عن النبيِّ ﷺ(١).

ورَوَىٰ مالكٌ، عن سهيل بن أبي صالحٍ، عن أبيه، عن أبي هريرة، عن النبيِّ ﷺ(٢).

❀❀❀

[٨٩٣] مَسْأَلَةٌ: **قَالَ: وَلَغْوُ اليَمِينِ: أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ عَلَىٰ الرَّجُلِ يَرَاهُ مُقْبِلاً أَنَّهُ فُلانٌ، وَذَلِكَ يَقِينُهُ حِينَ يَحْلِفُ، ثُمَّ يَبِيْنُ لَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِالَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي هَذَا وَمَا أَشْبَهَهُ كَفَّارَةُ يَمينٍ**(٣).

✍ إنّما قال: إنَّ هذا لغوٌ؛ لأنَّ اللغو هو ما لم يقصد إليه الحالف باليمين، والحالف علىٰ هذا الوصف لم يعقد يمينه علىٰ ما انكشف له، فأشبه ذلك من قال: «لا والله، وبلىٰ والله»، غير قاصدٍ لذلك، [٣/٥٦/أ] فلم تجب عليه الكفّارة.

---

(١) متفق عليه: البخاري (٧١٤٧)، مسلم [٥/ ٨٦]، وأخرجه أبو داود [٤/ ٨٦]، وهو في التحفة [٧/ ١٩٧].

(٢) أخرجه مالك [٣/ ٦٨١]، ومن طريقه مسلم [٥/ ٨٥]، وهو في التحفة [٩/ ٤١٦].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٩)، المختصر الصغير، ص (٣٦٦)، الموطأ [٣/ ٦٧٩]، المدونة [١/ ٥٧٨]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٤)، التفريع [١/ ٣٨٢].

ولأن اللغـو مخالـف للعقد أيضـاً؛ لأنّ العقد ما تهيأ حله في الاسـتئناف، وليس كذلك اللغو؛ لأنّها وقعت محلولةً لم تنعقد[١].

وقـد رَوَىٰ الزهـري، عن عروة، عـن عائشـة رضي الله عنها قالـت: «**لَغْوُ اليَمِيـنِ: مَـا كَانَ فِي المِـرَاءِ، وَالهَـزْلِ وَالمُزَاحَةِ، وَالحَدِيـثِ الَّذِي لَا يُعْقَـدُ عَلَيْهِ القَلْـبُ، وَأَيْمَانُ الكَفَّارَةِ: كُلُّ يَمِينٍ حَلَفْتَ عَلَيْهَا عَلَىٰ جِدٍّ مِنَ الأَمْرِ، فِي غَضَبٍ أَوْ غَيْـرِه، لَتَفْعَلَنَّ أَوْ لَتَتْرُكَنَّ، فَذَلِكَ عَقْدُ اليَمِينِ فِيهَا الكَفَّارَةَ، قَالَ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾**»[٢].

ورَوَىٰ محمد بن السـائب[٣]، عن أبي صالح[٤]، عن ابن عباس قال: «**اللَّغْوُ فِـي اليَمِيـنِ: قَوْلُ الرَّجُلِ: هَـذَا وَاللهِ فُـلَانٌ، وَلَيْسَ بِفُلَانٍ**»[٥] وهذا قول الحسـن، وقتادة، ومجاهد، والسدي، وأبي مالكٍ.



---

(١) نقل الباجي هذا الوجه عن الأبهري في المنتقىٰ [٣/ ٢٤٣].

(٢) أخرجـه البيهقـي في السـنن الكبـرىٰ [٢٠/ ١٢٠]، وحـكاه ابن عبد البر فـي التمهيد [٢١/ ٢٥١].

(٣) محمد بـن السـائب بن بشـر الكلبـي الكوفـي، متهم بالكـذب ورمـي بالرفض، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٨٤٧).

(٤) بـاذام أبـو صالح، مولـىٰ أم هانئ، ضعيف مدلـس، من الثالثة. تقريـب التهذيب، ص (١٦٣).

(٥) لـم أقف عليه مسنداً، وقد حـكاه ابن حزم في المحلـىٰ [٨/ ٣٤]، وذكر أنّه لا يصح؛ لأنّه من طريق الكلبي.

[٨٩٤] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: والْكَذِبُ فِي اليَمِينِ: أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ عَلَىٰ أَمْرٍ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْهُ وَقَدْ فَعَلَهُ، عَامِداً لِلْيَمِينِ.

وَهُوَ أَعْظَمُ مِنْ أَنْ تَكُونَ فِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، وَيَتُوبُ إِلَىٰ الله سُبْحَانَهُ وَيَسْتَغْفِرُهُ، وَيَتَقَرَّبُ إِلَىٰ الله تَعَالَىٰ بِمَا اسْتَطَاعَ مِنْ خَيْرٍ(١).

✍ إنّما قال: «إنّه لا كفّارة في يمين الكذب»؛ لأنّها لم تنعقد، بل وقعت محلولةً، والكفارة إنّما تجب في عقد اليمين الذي يمكن حلُّه في الاستئناف، مثل أن يقول: «والله لأفعلنَّ كذا»، أو «والله لا فعلت كذا»، فهذا عقدٌ يمكن حلُّه، وهو الذي أوجب الله تعالىٰ فيه الكفّارة إذا حلَّه، [٣/٥٦/ب] بدلالة قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَـٰنِكُمْ وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ﴾ [المائدة:٨٩] الآية، معناه: إذا حنثتم؛ لأنَّ الكفّارة لا تجب بعقد اليمين بإجماع العلماء دون حلِّها بالحنث، وإذا كان كذلك، ثبت أنّ اليمين تُعْقَد، ثمّ تُحَلُّ في ثانٍ.

فأمّا اليمين الكاذبة واللغو فهي محلولةٌ لم تنعقد علىٰ شيءٍ، فلم تجب فيهما الكفّارة التي تجب في حل العقد، وبهذا ورد الخبر عن رسول الله ﷺ.

فروَىٰ يونس بن عبيد، عن الحسن، عن عبد الرحمن بن سمرة، أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**وَإِذَا حَلَفْتَ عَلَىٰ يَمِينٍ، فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْراً مِنْهَا، فَائْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، وَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ**»(٢)، فأوجب النبيُّ ﷺ الكفّارة عليه؛ لحلِّه عقد اليمين ومخالفته إلىٰ غيره.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٩)، الموطأ [٣/ ٦٨٠]، المدونة [١/ ٥٧٧]، التفريع [١/ ٣٨٢].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٨٩٢ .

فأمّـا الكفّـارة في يميـنٍ لم تنعقد، مثل الكـذب واللغو؛ فإنّه لـم يدل عليها كتابٌ ولا سنةٌ، ولا وجه لها من القياس أيضـًا؛ لِمَا ذكرناه.

ولأنَّ اليميـن الكاذبة أعظـم من أن تكفِّرَها كفارةٌ، وقـد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَيَحْلِفُونَ عَلَى ٱلْكَذِبِ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴿١٤﴾ أَعَدَّ ٱللَّهُ لَهُمْ عَذَابًا شَدِيدًا﴾ [المجادلة:١٤-١٥]، وقال النبـيُّ ﷺ: «**مَـنْ حَلَفَ عَلَىٰ يَمِيـنٍ كَاذِبَةٍ لِيَقْتَطِـعَ بِهَا حَقَّ امْرِئٍ مُسْـلِمٍ، لَقِيَ الله تَعَالَىٰ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضْبَانُ**»[١].

فـإن قيل: إنَّ قاتل العمد قد جُعِلت عليـه الكفّارة، وهو أعظم من الحالف بالله جَلَّ وَعَزَّ كاذبـًا[٢]؟

قيل: لا كفّارة عند مالكٍ واجبة علىٰ قاتل العمد[٣]، وهو مثل الحالف بالله تعالىٰ كاذبـًا سواءٌ؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ أوجبها علىٰ قاتل الخطأ.

[٣/٥٧/أ] وقـد يجـوز أن يكون الحالـف بالله كاذبـًا مثل قاتـل المؤمن عامداً فـي العقوبـة؛ لأنّه قد أتـىٰ أمراً عظيمـًا، بل قـد يجوز أن يكون أعظـم جرمـًا منه، هـذا مـا لا يعلم من طريـق العقل؛ لأنَّ كلّ واحـدٍ منهما مرتكبٌ كبيـرةً، وقد قال رسـول الله ﷺ: «**قُرِنَتْ شَـهَادَةُ الزُّورِ بِالكُفْرِ بِاللهِ عَزَّ وَجَلَّ**»[٤]، واليمين الكاذبة

---

(١) متفق عليه: البخاري (٢٣٥٦)، مسلم [١/ ٨٥]، وهو في التحفة [١/ ٧٦].

(٢) لم أقف علىٰ من قال بهذا الاعتراض من الشافعية، وهم المخالفون في هذه المسألة، ينظر: الحاوي للماوردي [١٦/ ٣٠٩].

(٣) ينظر: الإشراف للقاضي عبد الوهاب [٤/ ١٦٣]، الذخيرة: [١٠/ ١٣٨].

(٤) أخرجه أبـو داود [٤/ ٢١٩]، وابـن ماجـه [٣/ ٤٥٥]، مـن حديـث خريم بن فاتك رضي اللـه عنه قال: «صلىٰ رسـول الله ﷺ صـلاة الصبح، فلمّا انصـرف قام قائمـًا

الزور يشبه أن تكون مثلها؛ لأنّه مختَرِمٌ حقّـًا لله تعالىٰ، وحقوق الله سبحانه أوكد من حقوق الآدميين.

ألا تـرىٰ: أنّه ليس شـيءٌ من الذنوب أعظـم من جَحْدِ حـق المنعم وترك الاعتراف به وهو الله سبحانه، وليس كذلك جَحْدُ حق آدمي ولا الكفر به.

فإن قيـل: إنَّ قاتل الصيـد عامـداً إذا كان محرمـًا عليه الجـزاء، كهو علىٰ الخاطئ، وقد نصّ الله تعالىٰ علىٰ ذلك في العمد(١)؟

قيـل له: ليـس قتل الصيد ووجـوب حرمته كتحريم قتل المسـلم وتحريم الحلـف باللـه تعالىٰ كاذبـًا؛ لأنَّ المسـلم مُحَـرَّمٌ قتله بحرمته في نفسـه، فكذلك الحلـف باللـه تعالىٰ كاذبـًا ممنوعٌ منه مـن أجل حق الله عَزَّ وَجَـلَّ، لا لحالٍ ولا لعلةٍ، والصيد فقد يجوز قتله لغير مُحْرِمٍ، ويقتله المحرم إذا حل، وإذا كان كذلك، لـم تكن حرمته كحرمة ما ذكرناه من قتـل المؤمن والحلف بالله عَزَّ وَجَلَّ كاذبـًا، فجـاز أن يكفـر قتل الصيد وجُعِلَت فيـه الكفّارة، ولم يجز ذلـك في قتل المؤمن عامداً، واليمين بالله تعالىٰ كاذبـًا.

❁ ❁ ❁

[٨٩٥] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَتَوْكِيدُ اليَمينِ: أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ عَلَىٰ الشَّيْءِ الوَاحِدِ أَنْ لَا يَفْعَلَهُ مِرَارَاً، يُرَدِّدُ فِي ذَلِكَ اليَمينَ ثُمَّ يَفْعَلَهُ، وَكَذَلِكَ التَّوْكِيدُ.

فقـال: عدلـت شـهادة الـزور بالإشـراك بالله ثـلاث مـرات، ثمّ قـرأ: ﴿فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ وَٱجْتَنِبُواْ قَوْلَ ٱلزُّورِ ﴿٣٠﴾ حُنَفَآءَ لِلَّهِ غَيْرَ مُشْرِكِينَ بِهِۦ﴾»، وهـو في التحفة [٣/ ١٢١].

(١) ينظر الاعتراض في: مختصر المزني، ص (٣٦١).

وَلَيْسَ عَلَيْهِ [٣/ ٥٧/ ب] فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ[١].

✍ إنّما قال ذلـك؛ لأنَّ توكيد اليمين هو تكرارها، فمتىٰ كرر اليمين مؤكِّداً لهـا، كانت يميناً واحدةً، فوجـب عليه كفارةٌ واحدةٌ، كما يكـون اللفظ بالطلاق فيكـون واحدةً، وهـذا لا خلاف فيه نعلمه، وقـد رَوَىٰ مالكٌ، عـن نافعٍ، عن ابن عمر: «**أَنَّهُ كَانَ إِذَا كَرَّرَ اليَمِينَ مِرَاراً أَعْتَقَ**»[٢].

❁❁❁

[٨٩٦] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَاللَّغْوُ فِي اليَمِينِ، لا نُحِبُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ.

فَـإِنْ فَعَلَ فَاعِلٌ بِأَحَدٍ عَلَىٰ مَكْرٍ أَوْ خَدِيعَـةٍ، يَغُرُّهُ بِذَلِكَ مِنْ حَقٍّ لَهُ عَلَيْهِ، فَقَدْ أَثِمَ، فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ[٣].

✍ إنّمـا قـال ذلـك؛ لأنَّ اللّاغـي لـم يقصـد اليميـن، وإنمـا أراد التّورية والمعاريض، فلا كفّارة عليه، وهو آثمٌ بدفعه صاحب الحق عن حقِّه.

فإن كان ذلك علىٰ غير حقٍّ يدفعه عن نفسه بهذه اليمين لم تكن عليه كفارةٌ ولا إثمٌ، كذلك قال مالك.

❁❁❁

[٨٩٧] مَسْـأَلَةٌ: قَـالَ: وَمَن حَلَـفَ بِيَمينٍ واحِـدَةٍ عَلَىٰ أَشْـياءَ مُخْتَلِفَةٍ: «أَنْ

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٢٠)، المختصـر الصغير، ص (٣٦٦)، الموطأ [٣/ ٦٨٢]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٣)، النوادر والزيادات [٤/ ١٠]، التفريع [١/ ٣٨٤].

(٢) أخرجه مالك [٣/ ٦٨٤].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٠)، النوادر والزيادات [٤/ ٩].

لَا يَلْبَسَ ثَوْبًا، وَلَا يَرْكَبَ دَابَّةً، وَلَا يُكَلِّمَ أَحَدًا»، فَإِنَّمَا عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ كُلِّه كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ.

وَإِنْ حَنِثَ فِي واحِدٍ مِنْ ذَلِكَ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيمَا فَعَلَهُ بَعْدَ ذَلِكَ مِمَّا حَلَفَ عَلَيْهِ مَعَهُ[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا إنّما حلف بيمينٍ واحدةٍ علىٰ أشياءٍ، فمتىٰ فعل واحداً منها، فعليه كفارةٌ واحدةٌ لا أكثر من ذلك.

وإنَّما وجبت عليه الكفّارة بفعلٍ واحدٍ دون أن يفعل كلّ ما حلف عليه؛ لأنّه قد فعل خلاف ما حلف عليه، والكفارة تجب بوقوع الخلاف، كان في كلِّه أو بعضه، بدلالة قول النبيِّ ﷺ: «**وَإِذَا حَلَفْتَ عَلَىٰ يَمِينٍ، فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْراً مِنْهَا، فَأْتِ الَّذِي** [٣/٥٨/أ] **هُوَ خَيْرٌ وَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ**»[2]، فأوجب النبيُّ ﷺ بإتيانه خلاف ما حلف عليه الكفّارة، ولم يفصل بين إتيانه كُلَّما حلف عليه أو بعضه، فوجبت عليه الكفّارة بهذا الظاهر.

ولأنه قد عدل إلىٰ خلاف ما حلف عليه، فوجبت عليه الكفّارة.

فإن قيل: لو وجبت عليه الكفّارة لفعله بعض ما حلف عليه، لسقطت عنه الكفّارة لفعله بعض ما حلف عليه أن يفعله، وليس هذا قول مالك [3][4]؟

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٠)، الموطأ [٣/ ٦٨٢]، المدونة [١/ ٥٨٩]، النوادر والزيادات [٤/ ١٠]، التفريع [١/ ٣٨٤].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٨٩٢ .

(٣) ينظر قول مالك في: المدونة [١/ ٥٨٩].

(٤) لم أقف علىٰ من اعترض بهذا الاعتراض.

قيـل له: إنّما قـال مالك: «إنه لا يبـرُّ بفعل ما حلف عليه حتـىٰ يفعله كلَّه، ويحنـث بفعـل بعـض ما حلف عليـه»؛ لأنَّ البـرَّ يشـبه التحليل، والحنث يشـبه التحريـم، وفي الأصول أنَّ التحريم يقع بما لا يقع التحليل به، أعني: أنَّ التحريم مغلظٌ يقع بيسيره، وليس كذلك التحليل.

ألا تـرىٰ: أنَّ المـرأة تحرم علىٰ أبي الإنسـان وابنـه بالعقد عليهـا إذا كان صحيحـًا؛ لأنّـه تحريـم، ولا تَحِل المطلقة ثلاثـًا لزوجها الأول حتـىٰ يتزوَّجها الثاني ويدخل بها؛ لأنَّ هذا تحليل، فاقتضىٰ له من الكمال ما لم يقتضِ للتحريم.

وكذلك المطلق زوجته بعض تطليقةٍ، يلزمه كلها.

وكذلـك لو طلَّق بعـض زوجته لزمه طلاق كلِّها؛ لأنَّ ذلك كله تحريمٌ، ولو تزوَّج بعضها، لم يكن تحليلاً.

وكذلك إذا اختلط التحريم والتحليل غُلِّبَ التحريم، وذلك كاختلاط لحم الميتة بالمذكَّىٰ، وكاختلاط المرأة المحَرَّمَةِ علىٰ الإنسان بعددٍ معلومٍ من النساء، أنّه لا يجوز أن يأكل اللحم المختلط به الميتة، ولا يعقد علىٰ الجماعة من النّساء اللاتي فيهن محرمٌ منه.

وكذلك لو طلّق واحدةً من نسـائه الأربع، ثمّ نسـيها، لم يجز له [٣/٥٨/ب] أن يطأ واحدةً منهنَّ.

فلمّـا كان المنـع والتحريم مغلَّبـًا فـي الأصول يقع كله بوقـوع بعضه، كان

كذلـك التحليل في اليميـن الذي هو البرُّ، لا يقع إلّا بفعل كلـه، والمنع الذي هو التحريم يقع ببعضه، فوجبت عليه الكفّارة بفعل بعضه.

❀❀❀

[٨٩٨] مَسْـأَلَةٌ: قَـالَ: والثُّنْيَا فِي اليَميـنِ لِصَاحِبِهَا مَا لَمْ يَقْطَـعْ كَلامَهُ، وَإِنْ سَكَتَ فَلَا ثُنْيا لَهُ.

وَإِنَّ حَلَفَ وَهُوَ لَا يُرِيدُ الِاسْتِثْنَاءَ ثُمَّ عَرَضَ ذَلِكَ لَهُ فِي قَلْبِهِ فَأَتْبَعَهُ يَمينَهُ نَسَقًا قَبْلَ أَنْ يَقْطَعَ كَلامَهُ، فَذَلِكَ لَهُ[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الاستثناء علىٰ وجهين:

⇦ إمّا أن يكون لرفع شيءٍ من الجملة المذكورة في اللفظ، مثل قوله: جاءني القوم إلّا زيد[٢].

⇦ أو لرفـع حكـم الجملة كلِّها، حتـىٰ يصير كأنه غير حالـفٍ البتة، أعني: في أنّه لا كفّارة عليه متىٰ فعل الشّيء الذي حلف عليه إذا استثنىٰ متصلاً بكلامه.

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٢٠)، المختصـر الصغير، ص (٣٦٧)، الموطأ [٣/ ٦٨١]، المدونة [١/ ٥٨٤]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٢)، النوادر والزيادات [٤/ ١٩]، التفريع [١/ ٣٨٣].

(٢) قولـه: «إلاّ زيـد»، كذا هي فـي المخطوطة، ويحتمـل أن تكون خطـأً، صوابها: زيداً، ويحتمل أن الجملة: ما جاءني القوم إلّا زيد، وسقطت (ما) من المخطوط، وقد تكون علىٰ لغة من يقف علىٰ المنصوب بالسكون، والله أعلم.

فمتىٰ لم يكن ذلك متصلاً بكلامه، لم يكن رافعـًا لبعض الجملة في اللفظ، ولا لكلِّها في الحكم، واحتمل أن يكون مبتدئـًا لقوله: «إن شاء الله».

وقـد رَوَىٰ حماد بن زيد، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «**مَنْ حَلَفَ فَاسْتَثْنَىٰ، رَجَعَ غَيْرَ حَانِثٍ، وَإِنْ شَاءَ فَعَلَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ**»[(١)].

ورواه مالك، عن نافع، عن ابن عمر موقوفـًا[(٢)].

والحديث الذي رُوِيَ أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**وَاللهِ لَأَغْزُوَنَّ قُرَيْشـًا، ثُمَّ سَكَتَ سَـاعَةً، ثُمَّ قَالَ: إِنْ شَاءَ الله**»[(٣)]، فهو مرسلٌ غير صحيح المخرج أيضـًا، ويحتمل أن يكـون اسـتثناؤه هاهنا هو الذي أُمِر به من قوله عـزَّ وَجلَّ: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾ [الكهف:٢٣-٢٤] [٣/٥٩/أ] وليس هو اسـتثناء التحليل.

وما رُوِيَ عن ابن عباسٍ أنّه يسـتثنىٰ بعد سـنةٍ فغير صحيحٍ، رواه الأعمش، عن ليث ابن أبي سليم، عن مجاهد، عن ابن عباس[(٤)]، وليثٌ ليِّن الحديث.

ولو جاز أن يسـتثني بعد سنةٍ، لجاز أن يستثني بعد سنتين وأكثر، إذ لا شيء

---

(١) أخرجه أحمد [٩/ ١١١] بهذا اللفظ.

(٢) أخرجه مالك [٣/ ٦٨٠].

(٣) أخرجه أبو داود [٤/ ٩٠]، وهو في التحفة [١٣/ ٣١١].

(٤) أخرجـه الطبراني في المعجم الكبيـر [١١/ ٦٨]، من طريق أبي معاوية، ثنا الأعمش، عن مجاهد، عن ابن عباس أنّه كان يرىٰ الاسـتثناء ولو بعد سـنة، ثمّ قرأ: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ وَاذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾، يقـول: «إذا ذكرت». فقيل للأعمش: سمعت هذا من مجاهد؟، قال: حدثني به الليث عن مجاهد.

يمنع مـن أن يقول ذلك قائلٌ، فلمّا لم يكن من السَّـنَةِ وأكثر منها فرقٌ، ثمَّ لم يجز أكثر من سنةٍ، فكذلك السَّنة.

ولـو جاز الاسـتثناء بعد اليمين بمدةٍ، لبيَّن النبـيُّ ﷺ ذلك لأمته، ولعرَّفهم ذلـك، لأنّـه أخف عليهم مـن الكفّارة التي هـي غرم مالٍ وفعل بـدنٍ وهو الصّوم الذي يشق عليهم.

❀❀❀

[٨٩٩] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن حَلَفَ بِيَمِينٍ فَقَالَ: «إِنْ شَاءَ الله»:

⇦ **فَهُوَ ثُنْيَا: إِنْ كَانَ أَرَادَ بِهَا الثُّنْيَا.**

⇦ **وَإِنْ كَانَ لَمْ يُرِدْ بِهَا الثُّنْيَا: فَلَيْسَتْ ثُنْيَا.**

وَمِن اسْـتَثْنَىٰ فِي يَمِينِهِ فَقَالَ: «إِنْ شَـاءَ الله»، فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَنْ يَفْعَلَ فَعَلَ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ لا يَفْعَلَ فَلَا يَفْعَل، وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ كَفَّارَةٌ[١].

✍ إنّما قال: «إنَّ الثنيا إنّما تكون استثناءً في اليمين متىٰ أراد بها حل اليمين، ومتىٰ لم يرد بها حل ذلك، لم تكن حلاً لها»؛ لأنَّ الاستثناء عملٌ من أعمال البدن الذي يحتاج فيه إلىٰ نيَّةٍ، كاليمين الذي يحتاج فيها إلىٰ عقدٍ ونيةٍ، فوجب أن يكون بنيةٍ، لقول رسول الله ﷺ: «**إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، ولِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَىٰ**»[٢].

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٢٠)، المختصر الصغير، ص (٣٦٧)، المدونة [١/ ٥٨٤]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٢)، البيان والتحصيل [٣/ ١٣٨].

(٢) متفق عليه: البخاري (١)، ومسلم [٦/ ٤٨]، وهو في التحفة [٨/ ٩١].

فمتىٰ لم يرد بها حل اليمين التي قد عقدها بنيـةٍ، لم تكن كذلك، وإذا أراد بها حل اليمين، كانت كذلك.

وقوله: «إنه إذا استثنىٰ فهو بالخيار، إن شاء، فعل وإن شاء ترك»، فلِمَا رُوِّيناه عن رسول الله ﷺ أنّه قال ذلك[١].

❁❁❁

[٩٠٠] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَلَا ثُنْيَا فِي يَمينٍ إِلَّا فِي اليَمينِ بِاللَّهِ جَلَّ وَعَزَّ** [٣/ ٥٩/ ب] **وَحْدَهَا، فَإِنَّ الثُّنْيَا فِيهَا، وَلَا ثُنْيَا فِيمَا سِوَاهَا، وَذَلِكَ أَنْ يَقُولَ عَلَىٰ إِثْرِ يَمينِهِ: «إِنْ شَاءَ الله»، فَذَلِكَ لَهُ فِي اليَمِينِ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَحْدهَا**[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ، قال: «**مَنْ حَلَفَ بِاللهِ، ثُمَّ اسْتَثْنَىٰ، فَقَدْ رَجَعَ غَيْرَ حَانِثٍ**»[٣]، فكان ذكر الاستثناء في اليمين إنّما هو في اليمين بالله تعالىٰ دون غيرها من الأيمان، ولم يجز تعدِّي ذلك إلىٰ غيرها بغير دليلٍ، فهذا من جهة الأثر.

فأمّا من جهة القياس: فلمَّا كان الطلاق والعتق لا تحله الكفّارة التي هي العتق والإطعام والكسوة، وهي أقوىٰ فعلاً وأغلظ علىٰ النفوس من الاستثناء الذي هو القول، لم يحل ذلك الاستثناء الذي هو القول؛ لأنَّ ما لم يحلّه الأوكد، كان أن لا يحله الأضعف أولىٰ.

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٨٩٢ .

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٠)، المدونة [١/ ٥٧٨]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٢)، النوادر والزيادات [٤/ ٤٦]، التفريع [١/ ٣٨٤].

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٨٩٨ .

ولو جاز فيهما الاستثناء، لبيَّن النبيُّ ﷺ ذلك نصًّا أو نبَّه عليه؛ لأنَّه أخف علىٰ الناس، إذ هو القول من وقوع الفعل بهم من الطلاق والعتاق.

❀❀❀

[٩٠١] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن حَلَفَ عَلَىٰ يَمينٍ فَقَالَ: «عِلْمِي»، وَذَلِكَ عِلْمُهُ حِينَ حَلَفَ، ثُمَّ تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّهُ عَلَىٰ غَيْرِ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه علق اليمين بوصفٍ ما وهو علمه، فإذا كانت يمينه علىٰ ما حلف عليه وقصده ثمّ تبين أنَّهَا علىٰ غير ما حلف عليه، لم يكن عليه شيءٌ؛ لأنّه لم يحنث فيها.

ولأنَّ حلافه علىٰ ما حلف عليه هو كحلافه في اللغو في اليمين، وقد ذكرناه[2].

❀❀❀

[٩٠٢] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن حَلَفَ بِيَمينٍ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ فِي كَفَّارَةِ ذَلِكَ:

⇦ **إِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشَرَةَ مَسَاكِينَ وَسَطًا مِنَ الشِّبَعِ،** [٣/ ٦٠/أ] **يَقْسِمُ ذَلِكَ**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢١).

(٢) تنظر المسألة رقم: ٨٩٣ .

بَيْنَهُمْ، قَمْحًا يَكونُ كفافًا لَهُمْ: غداءٌ، وَعَشَاءٌ، قِسْمَةٌ سَواءٌ، وَذَلِكَ بِالْمَدِينَةِ مُدّاً بِمُدِّ النَّبيِّ ﷺ، وَبِالْأَمْصارِ وَسَطًا مِنْ شبعِهِمْ[(١)(٢)].

[٩٠٣] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَلا يُطْعِمُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مُؤْمِنًا حُرّاً.

قَالَ: وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً، لَيْسَ فِيهَا شِرْكٌ وَلا عَتاقَةٌ وَلا كِتابَةٌ وَلا تَدْبِيرٌ.

⇦ وَإِنْ شَاءَ كَسَا المَسَاكِينَ العَشَرَةَ:

- فَإِنْ كَانُوا رِجَالًا، فَثَوْب ثَوْب لِكُلِّ مِسْكينٍ.

- وَإِنْ كَانُوا نِسَاءً، فَدِرْعٌ وَخِمارٌ لِكُلِّ امْرَأَةٍ مِنْهُنَّ.

وَهُوَ فِي هَذِهِ الثَّلَاثَةِ الأَشْياءِ بِالْخِيَارِ، أَيّ ذَلِكَ شَاءَ أَنْ يَفْعَلَ فَعَلَ.

فَإِنْ لَمْ يَقْوَ عَلَىٰ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، فَلْيَصُمْ ثَلاثَةَ أَيّامٍ وَيُتابِعُها، فَإِن صَامَهَا وَفَرَّقَهَا أَجْزَأَتْ عَنْهُ، فَهَذَا كَفّارَةُ اليَمينِ لِمَنْ حَلَفَ[(٣)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿وَلَـٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَـٰنَ﴾، يعني: إذا حنثتم، ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ

---

(١) من قوله: «يَقْسِمُ ذلك بينهم»، إلىٰ هذا الموضع، ساقط من المطبوع.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢١)، المختصر الصغير، ص (٣٦٨)، المدونة [١/ ٥٩١]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٢)، النوادر والزيادات [٤/ ٢٠]، التفريع [١/ ٣٨٦].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢١)، المختصر الصغير، ص (٣٦٩)، الموطأ [٣/ ٦٨٤]، المدونة [١/ ٥٩٣ و ٥٩٤ و ٥٩٦]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٢)، النوادر والزيادات [٤/ ٢١]، التفريع [١/ ٣٨٦].

أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾[المائدة:٨٩]، فخيَّر الله تعالىٰ الحالف إذا حنث في أحد هذه الثلاثة الأشياء، أيها شاء فعل، موسراً كان أو معسراً.

فإن لم يجد أحدٌ هذه الثلاثة الأشياء، صام ثلاثة أيامٍ علىٰ ما ذكر الله عَزَّ وَجَلَّ، مفرَّقةً كانت أو متوالية.

فأمّا الإطعام، فالدليل علىٰ تقديره دون ما يقع عليه الاسم، قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾، فلمّا قال: ﴿أَوْسَطِ ﴾، دلَّ علىٰ أنّه مقدرٌ وليس بمطلقٍ، ولا أنَّه أراد إشباعهم أيضاً كما أريد في غير هذه الكفّارة، وقد أمر النبيُّ ﷺ بالإطعام لمن أفطر في شهر رمضان مدّاً مدّاً [٣/٦٠/ب] لكلِّ مسكينٍ[١]، فكانت كفّارة اليمين كذلك.

وكذلك الكسوة يجب أن تكون مقدَّرةً بأدنىٰ ما تجزئ فيها الصلاة؛ لأنَّ

---

(١) لم أقف عليه مرفوعًا، وإنما ورد ذلك عن ابن عمر، وابن عباس.
فأمّا أثر ابن عمر، فأخرجه مالك في الموطأ [٣/ ٤٤٢]، منقطعًا، أن عبد الله بن عمر سُئل عن المرأة الحامل، إذا خافت علىٰ ولدها، واشتد عليها الصيام؟، فقال: تفطر، وتطعم، مكان كلّ يوم، مسكينًا، مدّاً من حنطة بمد النبيِّ ﷺ.
ووصله الشافعي عن مالك كما في مسنده [٢/ ١٢١]، فقال: أخبرنا مالك، عن نافع: أن ابن عمر، به.
وروي موصولاً من غير طريق مالك، ذكر الطرق ابن عبد البر في الاستذكار [١٠/ ٢٢١].
وأمّا أثر ابن عباس أخرجه الدارقطني [٣/ ١٩٣] من طريق خالد الحذاء، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: «إذا عجز الشيخ الكبير عن الصيام أطعم عن كلّ يوم مدّاً مدّاً».

ذلك أدنىٰ ما يكفي الإنسـان في أداء فرضـه، وهو ثوبٌ لكل رجلٍ، ودرعٌ وخمارٌ لـكل امرأةٍ، فلم يجز الاقتصار علىٰ أدنىٰ ما يقع عليه اسـم الكسـوة، كما لـم يجز الاقتصـار فـي الإطعـام علـىٰ أدنىٰ ما يقـع عليه الاسـم، حتىٰ يكون ذلـك كافياً للمطعَمِ في يومه.

ولَمَّـا أطلق اللـه سـبحانه نفقـة الزوجـات وكسـوتهن، ثـمّ قدَّرناها نحن ومخالفنا[١] لحاجة المرأة إلىٰ ذلك، ولم يقتصر علىٰ ما يقع عليه الاسم، فكذلك كفّارة اليمين مثلها؛ لحاجة الفقير إلىٰ ذلك.

ولئن جاز أن يعتبـر مخالفنا مقدار النفقة علىٰ الزوجات من مقدار الإطعام في الكفارات، جاز أن يعتبر غيره مقدار كسـوة الفقير من مقدار كسوة الزوجة في أنّه لا يجوز الاقتصار علىٰ أقل ما يقع عليه الاسم.

فأمّا العتق: فيجب أن تكون الرقبة مؤمنةً؛ لأنّها واجبةٌ في الكفّارة في اليمين باللـه عَزَّ وَجَـلَّ كوجوبها في كفّارة القتل، فلمَّا شـرط الله عَـزَّ وَجَلَّ الإيمان في كفّـارة القتل، كان كذلك كلّ عتـقٍ في كفارةٍ واجبةٍ مثلها في الإيمان، وكذلك في كفّارة الظهار واليمين.

وقولـه: «ولا عتاقة فيهـا، ولا كتابة ولا تدبير»، فإنَّ هذه الأشـياء هي عقود حريةٍ قد ثبت لها، والذي أمره الله تعالىٰ بتحرير رقبةٍ مبتدأٍ بها من غير ثبوت عقد حريةٍ فيها علىٰ وجهٍ ما.

---

(١) وهم الشـافعية القائلون بأن الكفّارة في اللباس تجزئ بأقل ما يقع عليه الاسـم، ينظر: الأم [٨/ ١٥٩]، الحاوي للماوردي [١٩/ ٣٧٧].

ومما يدل علىٰ وجوب أن تكون الرقبة في كفّارة اليمين بالله عَزَّ وَجَلَّ وكفارة الظهار مؤمنةً، هو أنَّ الله سبحانه ذكر العدالة في الرجعة وشرطها في الشهود، ولم يذكر في المداينة وغيرها من الشهادات، ثمّ كانت كلّ شهادةٍ كذلك في وجوب العدالة في الشهود، لأنَّ الشّهادة هي للتوثق بها، وثبوت ما [٣/ ٦١/أ] يدعيه المدعي، وليس يثبت ذلك بغير العدول، فكذلك وجوب الإيمان في الرقبة، في كلّ كفارةٍ كهو في كفّارة القتل، لاجتماعهما في أنهما كفارةٌ واحدةٌ.

ولأنَّ العتق في الكافر قد يبطل أيضـًا، وهو أن يلحق بدار الحرب ثمّ يُسبىٰ فيصير عبداً لمن سباه أو لجملة الغانمين، فيبطل العتق الذي جعله الله سبحانه من أحد الأشياء التي تُكَفَّر بها اليمين.

وكذلك لا نحب أن تكون الرقبة معيبةً، كالعمياء والعرجاء والمقطوعة العضو؛ لأنَّ ذلك نقصٌ فيها، والله سبحانه أمره بعتق رقبةٍ سليمةٍ غير معيبةٍ.

ولأنَّ هذه العيوب تقطعها عن التّصرف في معاشها، فلا تستغني بعتقها عما كان سيدها يمونها بالرقِّ، ويكون في عتقها إذا كانت كذلك ضررٌ عليها، والله سبحانه إنّما أراد نفعها بذلك، ولا خلاف نعلمه بين علماء الأمصار أنَّ عتق العمياء والمقطوعة اليدين أو الرجلين، وأشباه ذلك غير جائزٍ.

❁❁❁

[٩٠٤] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَلَا يُخْرِجُ فِي كَفَّارَةِ اليَمِينِ شَعِيرًا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ طَعَامُ الَّذِي(١) ....

---

(١) قوله: «طعام الذي»، كذا في شب، ولعل هناك سقطـًا صوابه: «طَعَامُ أهل ذلك البلد

يُخْرِجُهُ[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾، فأوجب عليه أن يخرج ما يُطْعِمُ أَهْلَهُ ويأكُلُهُ دون غيره.

ولا يجوز له أن يخرج غيره إذا كان أدنىٰ منه، ويجوز إذا كان أفضل؛ لأنّه قد أتىٰ بالواجب عليه وأكثر، وذلك بمنزلة ما لو كسا المساكين أكثر مما عليه أن يكسوهم.

❀❀❀

[٩٠٥] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَلا يُطْعِمُ فِي ذَلِكَ سَوِيقًا[2]**، وَلاَ تَمْرًا، وَلاَ دَقِيقًا، وَلاَ دُخْنًا**[3]**، وَلاَ قِطْنِيَّةً**[4][5].

الَّذِي»، كما جاء البيان والتحصيل [٥/ ١٦٩]: «إن كان ذلك طعام أهل ذلك البلد، وهو الغالب عليهم، فأرىٰ ذلك مجزئًا عنهم»، وفي المدونة [٢/ ٣٢٣]: «إن كان الشعير عيش أهل البلد أجزأ ذلك عنه»، والله أعلم.

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢١)، المدونة [٢/ ٣٢٣]، النوادر والزيادات [٤/ ٢٢]، البيان والتحصيل [٥/ ١٦٩].

(٢) قوله: «سَوِيقًا»، السويق طعام يصنع من الحنطة والشعير، ينظر: المصباح المنير، ص (٢٩٦)، تاج العروس [٢٥/ ٢٩٦ و٤٨٠]، وفي المطلع علىٰ أبواب المقنع، ص (١٧٦): السويق قمح أو شعير يقلىٰ، ثمّ يطحن فيتزود به.

(٣) قوله: «دُخْنًا»، الدُّخْنُ نوع من الذرة، لكنه أصغر منها، ينظر: أسنىٰ المطالب [١/ ٣٦٧].

(٤) قوله: «قِطْنِيَّةً»، القِطْنيَّة هي كلّ ما له غلاف من الحبوب، مثل العدس، والحمص، والسمسم، ينظر: حاشية الدسوقي [٣/ ٤٨].

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٢١)، المدونة [١/ ٥٩١].

[٣/ ٦١/ب] ✍ إنّما قال ذلك، إذا لم يكن التمر قوته، فأمّا إذا كان قوته فجاز أن يُطعم منه.

وكذلك القطنية إذا لم تكن قوته، لم يجز أن يطعم منها؛ لأنّه إنّما أُمِر أن يطعم مما يأكل هو وأهله على ما ذكرناه.

فأمَّا السويق والدقيق: فإنَّ كيله ينقص عن كيل الحنطة؛ لأنَّ السويق يزيد عن كيل الحنطة، وكذلك الدقيق، فعليه أن يخرج ذلك حبّاً كما عليه ذلك في زكاة الفطر؛ لأنَّ الحبَّ أعم نفعاً من السويق والدقيق؛ لأنّه يصلح للسويق والدقيق وغيره، وليس كذلك السويق والدقيق، فوجب أن يخرج مما تعم منفعته المسكين به.

وإن أطعم المساكين خبزاً أجزأه؛ لأنَّ الخبز طريقه الوزن، فإذا أطعمه ما يكفيه جاز في يومه وليلته.

وإذا أخرج ما يكال، أخرج الحبَّ دون ما حدث عن الحبَّ، كالدقيق والسويق.

❀❀❀

[٩٠٦] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن وَجَبَتْ عَلَيْهِ كَفّاراتٌ ثَلاثٌ، فَأَرَادَ أَنْ يَقْسِمَهَا عَلَىٰ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ، فَلَا يُعْطِي إِلَّا مُدّاً مُدّاً لِكُلِّ مِسْكِينٍ[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عزَّ وَجلَّ قال: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ﴾

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢١)، المدونة [١/ ٥٩٣]، التفريع [١/ ٣٨٧].

فجعل الله تعالىٰ لكل مسكينٍ جزءاً من عشرة أجزاء من كلّ كفارةٍ، فلا يجوز أن يزاد علىٰ ذلك، كما لا يجوز أن ينقص منه.

ولهذا المعنىٰ قال مالك: «لا يجوز أن يقتصر في الكفّارة علىٰ إطعام عشرة مساكين»؛ لإيجاب الله تعالىٰ ذلك واشتراطه عدد المساكين، فكما لا يجوز أن يزاد علىٰ عددهم في الإطعام؛ لأنَّ ذلك ضررٌ يدخل علىٰ العشرة الذين شركوا، فكذلك لا يجوز أن ينقص العشرة في الإطعام؛ لأنَّ ذلك ضررٌ يدخل عليهم، [٣/٦٢/أ] فلمَّا لم تجز الزيادة علىٰ عددهم لدخول الضرر علىٰ العشرة ونقصان ما يأخذونه، كان أن لا يمنع بعض العشرة من الكفّارة أولىٰ.

فإن قيل[1]: إنَّ المسكين الواحد إذا كرَّر عليه الإطعام، فهو بمنزلة عشرة مساكين أن لو أُطْعِموا؟

قيل له: لو كان كذلك، لكان الشاهد إذا كرر الشّهادة، بمنزلة شاهدين في جواز الحكم بها، وهذا غلطٌ؛ لأنَّ عين الشاهد الأول غير الثاني، فكلّ عين كلّ مسكينٍ غير عين صاحبه، ولا ينوب أحدهما عن الآخر، كما لم تنب شهادة شاهدٍ عن شاهدٍ.

وكما لم يجز تجاوز عدد عشرة مساكين في الإطعام، كذلك لا يجوز تجاوز مسكينٍ واحدٍ في المقدار.

وكما لا يجوز ذلك في الوصايا إذا أوصىٰ لعشرة مساكين بعشرة أمدادٍ أن

(١) ينظر الاعتراض في: بدائع الصنائع [٥/ ١٠٤].

يعطىٰ واحدٌ العشـرة الأمداد في أوقاتٍ مختلفةٍ، فكذلك لا يجوز ذلك في كفّارة اليمين، والله أعلم.

❀❀❀

[٩٠٧] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن حَلَفَ فَحَنِثَ قَبْلَ أَنْ يُكَفِّرَ، أَوْ كَفَّرَ قَبْل ثُمَّ حَنِثَ، فَذَلِكَ كُلُّهُ مُجْزِئٌ عَنْهُ فِي اليَمينِ بِاللَّهِ وَحْدَهَا.

وَلَا يَكُـونُ ذَلِكَ إِلَّا فِـي اليَمينِ بِاللَّهِ وَحْدَهَا، فَأَمَّا غَيْرهَـا، فَلَا كَفَّارَةَ إِلَّا بَعْدَ الحِنْثِ[١].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ النبـيَّ ﷺ قد رُوِيَ عنه جـواز الكفّارة قبل الحنث وبعد الحنث.

فرَوَىٰ يونس بن عبيد وغيره، عن الحسن، عن عبد الرحمن بن سمرة، عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «**وَإِذَا حَلَفْتَ عَلَىٰ يَمِينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرَاً مِنْهَا، فَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ**»[٢].

ورَوَىٰ مالكٌ، [٣/ ٦٢/ب] عن سـهيل بن أبي صالـح، عن أبيه، عن أبي هريرة، عـن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «**مَنْ حَلَفَ عَلَىٰ يَمِينٍ فَـرَأَىٰ غَيْرَهَا خَيْرَاً مِنْهَا، فَلْيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ وَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ**»[٣].

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٢١)، المختصر الصغير، ص (٣٧٠)، المدونة [١/ ٥٩٠]، التفريع [١/ ٣٨٧].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٨٩٢ .

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٨٩٢ .

فجـازت الكفّارة في اليمين بالله جَـلَّ وَعَزَّ قبل الحنث وبعده بهذه الأخبار الصحاح عن رسول الله ﷺ.

فأمّـا وجه جوازهـا قبل الحنث من جهـة النظر: فلأنَّ عقـد اليمين لمّا كان يحله الاسـتثناء إذا كان متصلاً باليمين علىٰ ما بيَّنَّاه، وإنما هو قولٌ، كانت الكفّارة بأن تحل عقد اليمين أولىٰ؛ لأنّها أقوىٰ؛ لأنَّ الكفّارة ترفع حكم الحنث حتىٰ كأنه لم يكن، وكذلك ترفع حكم العقد حتىٰ كأنه لم يكن، ثمّ كان الاستثناء جائزاً بعد العقد وقبل إذا كان متَّصلاً به، جازت الكفّارة مثله.

فإن قيل: إنَّ كفّارة اليمين بمنزلة الزكاة، فلمّا لم يجز تقدُّمه الزكاة عندك قبل حلول الحول، فكذلك يجب أن تكون الكفّارة لا يجوز تقدمتها قبل الحنث(١)؟

قيـل له: الزكاة لمّا كان وجوبها معلَّقـاً بوقتٍ معلومٍ، لم يجز تقدمتها قبله، كمـا لا يجوز ذلك في الصلاة والصيام، ولَمَّا كان وقت الكفّارة غير معلَّقٍ بوقتٍ، وإنمـا هو علىٰ حسـب ما يريده المكفر من الحنـث، كان فعلها جائزاً قبل الحنث وبعده.

فأمّـا كفّارة الظهار: فإنها تجب قبل المسـيس؛ لشـرط الله عَـزَّ وَجَلَّ إياها كذلك.

وأمّا جزاء الصيد الذي هو كفارةٌ: فهي تجب أيضـاً بعد القتل لا قبله.

وكذلـك كفّـارة الأذىٰ: تجـب بعد حلـق [٣/ ٦٣/أ] الرأس وفعل أشـباهه من اللبس والطيب؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ أوجبها كذلك، ولا خلاف فيه أيضـاً نعلمه.

---

(١) لم أقف علىٰ من اعترض علىٰ المالكية بهذا الاعتراض.

وقـد رَوَىٰ ابن عيينـة، حدثنا أبو الزهراء[(١)]، عن عمـه أبي الأحوص[(٢)]، عن أبيه[(٣)] قال: قال رسول الله ﷺ: «**كَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ وَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ**»[(٤)].

ورَوَىٰ سفيان، عن أيوب، عن أبي قلابة، عن زَهْدَمْ[(٥)]، عن أبي موسىٰ، عن النبيِّ ﷺ مثله[(٦)].

وهو قول عائشـة رضي الله عنها، وابن عباسٍ، وابن مسـعودٍ، وابن الزبير، وأبـي أيوبٍ، وسـلمان، وحذيفة، وأبي مسـعودٍ، وأبي موسـىٰ الأشـعري، وأبي الدرداء، وخلقٍ كثير من التابعين رضي الله عنهم.

❀❀❀

[٩٠٨] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَلَا بَأْسَ أَنْ يُطْعِمَ مِنْهَا المُرْضَعَ إِذَا كَانَ قَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ، وَلَا يَخُصُّ بِهَا الرَّجُلُ أَحَداً مِنْ قَرَابَتِهِ[(٧)].

---

(١) قولـه: «أبـو الزهراء»، كذا في شـب، وهو تصحيـف، صوابه: «أبو الزعـراء»، كما في مصـادر التخريج، وهـو: عمرو بن عمرو بن مالك بن نضلة الجشـمي الكوفي، ثقة، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٧٤٢).

(٢) عوف بـن مالك بـن نضلة الجشـمي الكوفي، ثقة مـن الثالثة. تقريـب التهذيب، ص (٧٥٨).

(٣) هو مالك بن نضلة الجشمي.

(٤) أخرجه ابن ماجه [٣/ ٢٤٦]، والنسـائي في الكبرىٰ [٤/ ٤٤١]، وأحمد [٢٨/ ٤٦٤] وهو في التحفة [٨/ ٣٤٨].

(٥) زَهْدَمْ بن مضرب الجرمي البصري، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٣٤١).

(٦) متفق عليه: البخاري (٤٣٨٥)، مسلم [٥/ ٨٣]، وهو في التحفة [٦/ ٤١١].

(٧) المختصـر الكبيـر، ص (٢٢٢)، المدونـة [١/ ٥٩٢ و ٥٩٣]، النـوادر والزيـادات

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرضَعَ إذا كان قد أكل الطعام وكان فقيراً، فهو من جملة المساكين الذين أمر الله تعالىٰ بإطعامهم بقوله: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾، فلا فصل في ذلك بين صغيرٍ وكبيرٍ، كما لا فصل في ذلك بين الزكاة بين صغيرٍ وكبيرٍ في جواز دفع ذلك إليه.

وقوله: «لا يخص الرّجل بها قرابته»، فإنّه يعني: الذين لا تلزمه نفقتهم؛ لأنّه كأنَّه يقصد هوىٰ نفسه في دفع ذلك إليهم، فيستحب له أن يدفع ذلك إليهم وإلىٰ غيرهم، وكذلك يستحب في الزكاة.

فأمّا من تلزمه نفقته من قرابته، فلا يجوز له دفع ذلك إليهم، كما لا يجوز دفع الزكاة إليهم؛ لأنهم يستغنون بالنفقة عليهم [٣/٦٣/ب] عما يُعْطَون من الزكاة والكفارة، ولأنه يكون كأنه دفع ذلك إلىٰ نفسه وانتَفَعَ بها، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[٩٠٩] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن حَرَّمَ عَلَيْهِ طَعَامًا أَوْ شَرابًا أَوْ أَمَةً، فَذَلِكَ كُلُّهُ لا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ فِيهِ، وَهُوَ حَلَالٌ لَهُ**[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓاْ﴾[المائدة:٨٧]، وقال سبحانه: ﴿قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ

[٤/ ٢١]، التفريع [١/ ٣٨٦].

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٢)، المختصر الصغير، ص (٣٧٠)، المدونة [١/ ٥٨٢]، التفريع [١/ ٣٨١].

ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴾ [يونس:٥٩].

فإن قيل: قد قال الله جَلَّ وَعَزَّ لنبيه ﷺ حين حرم جاريته: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبْتَغِى مَرْضَاتَ أَزْوَٰجِكَ﴾[التحريم:١]، ثمّ قال سبحانه: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾[التحريم:٢][1]؟

قيل له: إنَّ النبيَّ ﷺ حلف أن لا يطأ مارية[2]، فأُمِر بالكفارة من أجل اليمين، لا من أجل التحريم بغير اليمين، ألا ترىٰ إلىٰ قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾، فعُلِم أنَّ التحلة كانت ليمينٍ تقدَّمت.

ولَمَّا لم يكن محرماً للطعام والشراب والثياب إذا حرَّم ذلك علىٰ نفسه عند مخالفنا وهو الشافعي ولا كفّارة عليه في ذلك[3]، فكذلك يجب أن يكون غير محرِّمٍ لأَمَتِهِ بهذا القول ولا كفّارة عليه في ذلك.

فإن قيل: إنَّ الأَمَة قد تحرم عليه بالعتق، فيجب أن تلزمه الكفّارة بالتحريم[4]؟

---

(١) ينظر الاعتراض في: الأم للشافعي [٦/ ٦٦٠]، الحاوي للماوردي [١٣/ ٤٥].

(٢) أخرجه النسائي في السنن الكبرىٰ [٨/ ١٥٧]، من حديث أنس رضي الله عنه: «أنَّ رسول الله ﷺ كانت له أمةٌ يطؤها، فلم تزل به عائشة وحفصة حتىٰ حرَّمها علىٰ نفسه، فأنزل الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ إلىٰ آخر الآية»، وهو في التحفة [١/ ١٢٩].

(٣) ينظر: الأم [٦/ ٦٦٠].

(٤) ينظر الاعتراض في: الأم [٦/ ٦٦٠].

قيل له: وكذلك يحرم الانتفاع بالطعام والشراب والثياب متىٰ تصدق بها وأخرجها عن ملكه، ثمّ لا تلزمه الكفّارة في تحريمها بغير يمينٍ عندك، فكذلك يجب أن تكون [٣/ ٦٤أ] الأمة مثل ذلك، لا تلزمه الكفّارة في تحريمها، وإن كانت تحرم بالعتق.

فإن قيل: إنَّ قوله: «أنتِ حرامٌ»، لو أراد به عتقاً لحرمت عليه،كما تحرم الزوجة عليه بهذا القول، وليس كذلك الطعام والشراب والثياب، فافترقا لهذه العلة[١]؟

قيل له: وكذلك لو أراد بهذا القول في الطعام والشراب والثياب الصدقة وتحريمه علىٰ نفسه، كان كذلك، ثمّ لم تجب فيه الكفّارة إذا حرمه.

فإن قيل: إنَّ تحريم الأمة لمّا كان إذا أراد به العتق كان عتقاً، فكذلك يجب إذا أراد به يميناً أن يكون كذلك[٢]؟

قيل له: لو وجب أن يكون يميناً إذا أراد به اليمين، لوجب أن يكون في زوجته إذا أراد به يميناً أن يكون كذلك.

ولو وجب من أجل أنّه يكون عتقاً إذا أراد به العتق أن يكون تحريماً يوجب أن تكون عليه الكفّارة، لوجب أن يكون العتق نفسه يكون تحريماً يُكَفَّر، فلمّا لم يجز ذلك في صريح العتق أن ينتقل منه إلىٰ كفارةٍ ويزول حكمه، كذلك يجب أن

(١) لم أقف علىٰ من قال بهذا الاعتراض.

(٢) لم أقف علىٰ من قال بهذا الاعتراض.

يكـون التحريم، إمّا أن يكون كنايـةً عن العتق لا ينتقل إلىٰ غيره، أو لا يكون ذلك عتقاً ولا تحريماً علىٰ ما بيَّنَّاه.

❀❀❀

[٩١٠] **مَسْـأَلَةٌ: قَـالَ: وَمَـن قَـالَ: «كُلُّ مَالِـي فِـي سَـبيلِ الله»، أَوْ: «فِـي المَسَاكِيْن»**(١)**، أَوْ: «هَدْيٌ»، أَجْزَأَهُ مِنْ ذَلِكَ الثُّلُث**(٢).

وَلَوْ قَالَ لِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ بِعَيْنِهِ مِثْلَ ذَلِكَ، أَخْرَجَهُ كُلَّهُ، وَإِنْ كَانَ نِصْفَ مَالِهِ أَوْ ثُلثَيهِ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ.

وَإِنْ جَعَلَ لِلهِ سُبْحَانَهُ مَـالاً مِنْ مَالِهِ فِي الهَدْيِ، فَلْيَبْعَثْ بِـهِ وَليَخْرُجْ بِهِ وَلَا يَسْتَأْجِر عَلَيْهِ مِنْهُ، وَليَسْتَأْجِر عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِهِ، وَيَأْكُلُ هُوَ وَرَسُولُهُ إِذَا بَلَغَ إِنْ شَاؤُوا(٣).

✍ إنّمـا قـال ذلك، لِمَا أمر النبيُّ ﷺ تسـليماً [٣/ ٦٤/ ب] أبـا لبابة لمّا أراد أن ينخلـع من مالـه توبةً إلىٰ الله عَـزَّ وَجَلَّ، فقال لـه النبيُّ ﷺ: «**يُجْزِيـكَ مِنْ ذَلِكَ الثُّلُثُ**»(٤)، فقوله: «**يُجْزِيكَ**»، يدل علىٰ أنّه قد كان أوجب علىٰ نفسه إخراج ملكه؛ لأنّه لا يقال: «يجزيك» في غير واجبٍ.

فـرَوَىٰ ابن جريـج، قال: أخبرني ابن شـهاب، أنَّ حسـين بن السـائب بن

---

(١) قوله: «أو في المساكين»، كذا في شب، وفي المطبوع: «كفي المساجد».

(٢) في المطبوع: «الثلث ولو قلّ»، وهي زيادة غير موجودة في المخطوط.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٢)، المختصر الصغير، ص (٣٧١)، الموطأ [٣/ ٦٨٦]، المدونة [١/ ٥٧٢]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٤)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٥]، التفريع [١/ ٣٨٠]، البيان والتحصيل [٣/ ١٦٢].

(٤) أخرجه أبو داود [٤/ ١٠٦]، وابن حبان [٨/ ١٦٤]، وهو في التحفة [٩/ ٢٧٨].

أبـي لبابـة[1] أخبره: «**أَنَّ أَبَا لُبَابَةَ بـن عَبْدِ المُنْذِرِ لَمَّا تَابَ الله تَعَالَـىٰ عَلَيْهِ، قَالَ: يَا رَسُولَ الله: إِنَّ مْنِ تَوْبَتِي إِلَىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ، أَنْ أَهْجُرَ دَارَ قَوْمِي وَأُسَاكِنَكَ وَأَنْخَلِعَ مِنْ مَالِي صَدَقَةً للهِ تَعَالَىٰ وَلِرَسُولِهِ ﷺ، فَقَالَ: يُجْزِئُ عَنْكَ الثُّلُثُ**»[2].

وقـد قال الله عَزَّ وَجَـلَّ: ﴿وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنْيَا﴾ [القصص:٧٧]، وقد قال الله تعالـىٰ: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ فَتَقْعُدَ﴾ [الإسراء:٢٩]، فأمـر نبيه ﷺ أن لا ينسىٰ نصيبه من الدنيا فيما بالخلـق ضرورةٌ إليه، من القوت ومما لا بد له؛ مما يقيم رمقه وما يلبسه، ليؤدي فرضه ويستر عورته.

وممـا يـدل علىٰ صحة ما قاله مالـك، أنَّ المريض لمّا مُنِـع من إخراج ماله إلّا مـن الثلث علىٰ غير معاوضةٍ؛ نظراً لوارثه وإبقاءً عليهم، وجب أن يُبَقِّيَ المرء علىٰ نفسـه متىٰ قصد لإخراج ماله علىٰ غير القربة المجردة، لكن قصد به اليمين أو علَّقه بسببٍ.

وأمّـا أن يبدأ بإخراج ماله متقربـاً إلىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ، جاز ذلك بعد أن يبقي لنفسـه مـا لا بد له من ثوبٍ وقوتٍ، وإن كان الاختيار لـه غيره، إلّا أن يكون ممن يقوىٰ إيمانه علىٰ ذلك وتحتمل نفسه حمل المكاره والبؤس، فلا يمنع من ذلك.

[٣/٦٥/أ] وقـد تصدَّق جماعةٌ من أصحاب رسـول الله ﷺ بأموالهم، منهم:

---

(١) الحسـين بن السـائب بن أبـي لبابة بن عبـد المنذر الأنصـاري المدنـي، مقبول، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٢٤٧).

(٢) أخرجه أحمد [٢٥/ ٢٧] بهذا الإسناد.

أبو بكر الصديق رضي الله عنه، تصدَّق بماله كلِّه، وعمر رضي الله عنه بنصفه[١]، ومنهم من كان لا يدَّخر شيئاً، وهم أهل الصُّفَّة.

وقد رَوَىٰ قتيبة بن سعيد[٢]، عن جعفر بن سليمان[٣]، عن ثابت، عن أنس: **«أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ لَا يَدَّخِرُ قُوتَـًا لِغَدٍ»**[٤].

فأمّا من قال: إنَّ عليه كفّارة يمينٍ، فلا وجه لقوله؛ من قِبَلِ أنّه يعدل عن شيءٍ قد ألزمه العاقد نفسه إلىٰ شيءٍ غيره لم يوجبه علىٰ نفسه، ولو جاز ذلك له، لجاز ذلك أيضاً في العتق والحج وغير ذلك مما يوجبه الإنسان علىٰ نفسه أن يعدل فيه إلىٰ غيره، وهذا فاسدٌ بإجماعٍ.

فأمّا إذا قال لشيء من ماله بعينه، فإنّه يخرجه كله بالغاً ما بلغ؛ لأنّه لم يَعُمَّ ملكه كله بالصدقة، فقد بقَّىٰ لنفسه شيئاً وأوجب ما سماه للمساكين، فوجب

---

(١) أخرجه أبو داود [٢/ ٣٧٩]، من طريق أسلم مولىٰ عمر قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: «أمرنا رسول الله ﷺ يوماً أن نتصدق، فوافق ذلك مالاً عندي، فقلت: اليوم أسبق أبا بكر إن سبقته يوماً، فجئت بنصف مالي، فقال رسول الله ﷺ: ما أبقيت لأهلك، فقلت: مثله، قال: وأتىٰ أبو بكر بكل ما عنده، فقال له رسول الله ﷺ: ما أبقيت لأهلك؟، قال: أبقيت لهم الله ورسوله، قلت: لا أسابقك إلىٰ شيء أبداً»، وهو في التحفة [٨/ ٧].

(٢) قتيبة بن سعيد بن جميل بن طريف الثقفي البغلاني، ثقة ثبت، من العاشرة. تقريب التهذيب، ص (٧٩٩).

(٣) جعفر بن سليمان الضبعي البصري، صدوق زاهد، لكنه كان يتشيع، من الثامنة. تقريب التهذيب، ص (١٩٩).

(٤) أخرجه الترمذي [٤/ ١٧٦]، وهو في التحفة [١/ ١٠٦].

عليـه أن يخرجـه؛ لأنّه بهذا القول ليـس بمتعدٍّ، كما يكون بقولـه: «مالي صدقةٌ» متعدِّيًا؛ لأنّه لم يبق لنفسـه شـيئًا إذا عم ملكه، وإذا خص من ماله شيئًا، فقد بقَّىٰ لنفسه منه، فافترقا لهذه العلة.

وذلك بمنزلة ما يعم النساء بالطلاق إذا تزوَّج منهنَّ امرأةً، أنَّ ذلك غير لازمٍ لـه؛ لأنَّ هذا عقـد معصيةٍ، وإذا خصَّ فخـذاً أو قبيلاً، لزمه ذلـك؛ لأنّه ليس عقد معصيةٍ، إذ لم يمنع نفسه من جملة النكاح، وقد ذكرنا هذا فيما تقدَّم.

وقـال ابـن وهب عن مالك: «إنه إذا سـمَّىٰ أكثر من ثلـث ماله، اقتصر علىٰ الثلث في الإخراج»(١).

[٣/٦٥/ب] ووجـه مـا ذكرناه؛ أنّه لمّا تعـدَّىٰ الثلث، وكان ذلـك مكروهـًا من فعلـه، قُصر علىٰ الثلث، كالمريض إذا تعدَّىٰ الثلث بأي وجه كَانَ، وكانَ إخراجه ماله علىٰ غير معاوضةٍ، أنّه يُرَد إلىٰ الثلث، إلّا أن يجيز ذلك الورثة.

وقولـه: «إنه إن جعل ذلك هديـًا فإنّه يخرجـه»؛ فلأنه لا فرق بين أن يجعل ذلك هديـًا أو يجعله للفقراء؛ لأنَّ ذلك كلّه مما يتقرَّب به إلىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ، فعليه إخراجه والوفاء به.

فإن كان الشّـيء مما يصلح أن يكون هديـًا سـاقه وذبحه بمكَّة؛ لأنَّ الهدي لا يكون بغيرها.

وجاز له أن يأكل هو منه أو يبعث معه؛ لأنّه هدي تطوُّعٍ يجوز الأكل منه إذا نُحِر في موضعه.

---

(١) ينظر: النوادر والزيادات [٤/ ٣٦].

وإن كان مـا لا يُهْـدَىٰ مثله، اشْـتُرِيَ به هـديٌ من الحلِّ، وسـيق إلىٰ الحرم فنحره، كما ألزمه نفسه.

❁❁❁

[٩١١] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن حَلَفَ بِصَدَقَةِ مَالِهِ فَوَجَبَ عَلَيْهِ ثُلُثُهُ، فَإِنَّمَا يَكونُ ثُلُثُهُ يَوْمَ حَلَفَ، وَلَيْسَ ثُلُثُهُ يَوْمَ حَنِثَ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إنّما يلزمه ثلث ماله يوم عقد اليمين؛ لأنّه وقت إلزامه نفسه، لا يوم حَنَثَ، كما يقول: «عبيدي أحرارٌ إن دخلت الدار»، «ونسائي طوالقٌ إن خرجت من الدار»، أنَّ ذلك إنّما يلزمه فيمن عنده يوم عقد العتق والطلاق، لا ما بعد ذلك، ولا يوم يحنث، فكذلك المال مثله.

❁❁❁

[٩١٢] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَإِنْ قَالَ عَبْدٌ: «مَالِي فِي سَبِيلِ الله عَزَّ وَجَلَّ»، فَإِذَا هُوَ قَدْ عَتَقَ قَبْلَ ذَلِكَ؟

قَالَ: يَلْزَمُهُ إِخْرَاجُ الثُّلُثِ(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه في حال ما قال: «مالي في سبيل الله عَزَّ وَجَلَّ» وهو حرٌّ، فيلزمه إخراج ثلث ماله؛ [٣/٦٦/أ] لأنّه قد ألزم نفسه في حالٍ هو مستقر الملك، وإن لم يعلم ذلك، فعليه إخراج ثلث ماله يوم ألزم نفسه.

❁❁❁

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٢).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٢)، البيان والتحصيل [٣/ ٩٨].

[٩١٣] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «كُلُّ مَالٍ اكْتَسَبْتُهُ أَبَدًا فَهُوَ صَدَقَةٌ عَلَىٰ المَسَاكِينِ»، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ(١).

✍ إنّما قال ذلك، كما يقول: «كل امرأةٍ أتزوَّجها أبداً فهي طالقٌ»، فلا يلزمه ذلك حتىٰ يضرب أجلاً أو يخصَّ قبيلاً؛ لأنّه إذا عمَّ ذلك كان عقده معصيةً؛ لتحريمه جملة المناكح وتعدِّيه في ذلك، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟﴾[المائدة:٨٧].

فأمّا إذا حرَّم بالطلاق قبيلاً أو فخذاً، فلزمه ما ألزمَ نفسه؛ لأنّه ليس محرماً لجملة المناكح؛ لجواز أن يَكْرَه النِّكاح من بلدٍ أو قبيلةٍ لا علىٰ وجه تحريم المناكح كلِّها، فكذلك المال مثله، لا يجوز أن يمنع نفسه منه ومما يكتسبه، فإذا عمَّ ذلك في الصدقة لم يلزمه؛ لأنّه متعدٍّ، وإذا خصَّ ذلك، لزمه.

❀❀❀

[٩١٤] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن جَعَلَ حُلِيًّا فِي سَبِيلِ الله تَعَالَىٰ، فَإِنَّهُ يَبِيعُ ذَلِكَ وَيَقْسِمُهُ ثَمَنًا، أَصْوَب مِنْ أَنْ يُعْطِيَهُ حُلِيًّا(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ تفرقة ثمنه أنفع للمساكين وأعمّ لهم، فكان أولىٰ من تفرقته كذلك.

❀❀❀

[٩١٥] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن جَعَلَ مَالاً مِنْ مَالِهِ هَدْيًا:

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٢)، النوادر والزيادات [٤/ ٤٠]، التفريع [١/ ٣٨٠].
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٣).

⇦ فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْمَالُ مِمَّا يُهْدَىٰ مِثْلُهُ، أَهْدَىٰ.

⇦ وَإِنْ كَانَ لَا يُهْدَىٰ مِثْلُهُ، بَاعَهُ وَاشْتَرَىٰ بِهِ هَدْيًا فَأَهْدَاهُ(١).

✍ قد تقدَّم ذكر هذا(٢).

۞۞۞

[٩١٦] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن جَعَلَ عَلَيْهِ بَدَنَةً أَوْ رَقَبَةً فَلَمْ يَجِدْ لِذَلِكَ سَعَةً، فَذَلِكَ عَلَيْهِ مَتَىٰ مَا وَجَدَهُ(٣).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّها قد [٣/٦٦/ب] وجبت في ذمَّته ولزمته كوجوب الدَّين في ذمَّته، فعليه أن يخرج ذلك متىٰ ما وجده وقدر عليه.

۞۞۞

[٩١٧] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «مَالِي صَدَقَةٌ» ثُمَّ حَنِثَ، فَإِنَّهُ يُخْرِجُ ثُلُثَ كُلِّ مَا يَمْلِكُ، حَتَّىٰ كِسْوَةَ ظَهْرِهِ وَغَيْرَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْلِكُهُ، قَلَّ أَوْ كَثُرَ(٤).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا كلَّه من ماله الذي قد عمَّه باللفظ، فعليه إخراج ثلث ذلك كلِّه؛ لِمَا ذكرنا.

۞۞۞

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٣)، المدونة [١/ ٥٧٠]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٣]، التفريع [١/ ٣٨٠]، البيان والتحصيل [٣/ ٩٩].

(٢) ينظر، المسألة ٩١٠ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٣)، المدونة [١/ ٥٦٩]، التفريع [١/ ٣٧٦].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٢٣)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٩].

[٩١٨] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَمَـن قَالَ: «مَالِي فِي المَسَـاكين» فَحَنِـثَ، ثُمَّ حَلَفَ فَحَنِثَ، كُلُّ ذَلِكَ لا يُخْرِجُ شَـيْئًا، فَإِنَّهُ يُخْرِجُ ثُلُثَ مَالِهِ يَوْمَ حَلَفَ أَوَّلاً، ثُمَّ يُخْرِجُ بَعْـدَ ذَلِكَ ثُلُـثَ مالِهِ يَوْمَ حَلَـفَ الثَّانِيَةِ، ثُمَّ يُخْـرِجُ بَعْدَ ذَلِكَ ثُلُث مَالِـهِ يَوْمَ حَلَفَ الثَّالِثَةَ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذه عقودٌ تلزمه كلّها، عقدٌ بعد عقدٍ، فلزمه أن يخرج ثلث كلّ مالٍ ألزم نفسه إخراجه عند عقد يمينه، أو إلزام نفسه بأيِّ وجهٍ كان، كما لو ألزم نفسه عقد يمينٍ أو عتقٍ في وقتٍ بعد وقتٍ علىٰ أشياء مختلفةٍ أو مستأنفٍ ليمينٍ في شـيءٍ واحدٍ، أنَّ ذلك كلّه يلزمه علىٰ ما ألزم نفسه وعقد عليها في وقت العقد؛ لأنَّ علىٰ الإنسـان أن يفي بما عقد علىٰ نفسـه إذا لم يكن معصيةً، قال الله عـزَّ وجـلَّ: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾[المائدة:١]، وقـال سـبحانه: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[الإسراء:٣٤]، وقال النبيُّ ﷺ: «**مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ الله فَلْيُطِعْهُ**»(٢).

❀❀❀

[٩١٩] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ: «كُلُّ مَالٍ أَمْلِكُهُ إِلَىٰ ثَلَاثِين سَـنَةً صَدَقَةٌ» ثُمَّ حَنِثَ، فَإِنَّهُ يُخْرِجُ ثُلُثَ مَالِهِ السّاعَةَ، وَثُلُثَ كُلِّ مَا يَمْلِكُهُ إِلَىٰ ثَلَاثِينَ سَنَةً(٣).

✍ إنّما قال ذلك [٣/٦٧/أ] لأنَّ هذا قد ضرب أجلاً في صدقة ما يملكه، فلزمه ذلـك، فـكان عليه أن يخرج ثلث ماله في الحال، وثلـث كلّ ما يملكه إلىٰ ثلاثين

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٣)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٧].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٨٧٧ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٣)، التفريع [١/ ٣٨٠].

سـنةً، كما يلزمه ذلك في الطلاق إذا ضرب أجلاً يبلغه عمره، أنَّ ذلك يلزمه؛ لأنّه لم يقصد - إذا كان كذلك - لتحريم النكاح مؤبَّداً فيكون عاصياً.

ومتىٰ حرَّم النسـاء كلهنَّ أو ضرب أجلاً لا يبلغه عمره، لم يلزمه ذلك؛ لأنَّه قد حرَّم النّكاح عليه مؤبَّداً، وهو عاصٍ بهذا التَّحريم، فلم يلزمه ذلك.

فكذلـك حكم الملك كلّه مثله سـواءٌ، إذا ضرب أجـلًا لزمه ذلك فيه، وإذا عمَّ ذلك، لم يلزمه.

❀❀❀

[٩٢٠] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن جَعَلَ غُلامَهُ هَدْيًا، فَلْيَشْتَرِ بِقِيمَتِهِ هَدْيًا(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الغلام لا يجوز أن يُهدىٰ بنفسه – أعني: يذبح - كما يجوز ذلك في بهيمة الأنعام، فوجب بيعه واشـتراء هديٍ بثمنه وسـوقه من الحلّ إلىٰ الحرم، ثمّ يذبح فيه؛ لأنَّ مكّة محل الهدايا، وكذلك منىً، قال الله سـبحانه: ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾[المائدة:٩٥]، وقال النبيُّ ﷺ بمنىً: «**مِنىً مَنْحَرٌ**»(٢)، وقال بمكة: «**مَكَّةَ مَنْحَرٌ، وَكُلُّ فِجَاجِهَا مَنْحَرٌ**»(٣).

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٣)، التفريع [١/ ٣٨١].

(٢) أخرجه أبـو داود [٢/ ٥٠٠]، والترمذي [٢/ ٢٢١]، وابن ماجه [٤/ ٢١٤]، وهو في التحفة [٧/ ٤٢٨].

(٣) أخرجه ابن ماجه [٤/ ٢٣٨]، وأبو داود [٢/ ٥٠١]، وهو في التحفة [٢/ ٢٢٠].

[٩٢١] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن جَعَلَ غُلَامَ غَيْرِهِ هَدْيـًا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**(١).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنّه لا يملك غلام غيره، فليس يصحّ هديه لغلام غيره، وقد قال النبيُّ ﷺ: «**لَا نَذْرَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ**»(٢)، يعني: في ملك غيره، وقال: «**لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ**»(٣).

فأمَّـا إذا قـال: «إن ملكتـه فهو هدي»، أو «هـو حرٌّ»، فلزمه ذلـك؛ لأنّه إنّما جعلـه هديـًا أو حراً بعد ملكٍ له، فذلك يلزمـه؛ لأنَّ عقد [٣/٦٧/ب] الحرية والهدي يصحّ فيما يملكه الإنسان، وفيما سيملكه في ثاني، وقد بيَّنَّا هذا فيما تقدَّم.

❀❀❀

[٩٢٢] **مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ قَالَ: «فُلَانٌ هَدْيٌ»، لِرَجُلٍ حُرٍّ، فَيُحِجّهُ**(٤) **وَيهْدِي هَدْيـًا**(٥).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إنّما أراد التقرب فيه، وذلك بأن يُحِجَّهُ ويهدي؛ لأنّه لمّـا لم يصح أن يهـدي به ويتقرب بذلك فيه، وجب عليه بدل ذلك الحجّ به، كما لم يجز ذبح ابنه فدىً ببدله، فكذلك هذا.

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٣)، المدونة [١/ ٥٦٧]، التفريع [١/ ٣٨١].

(٢) متفق عليه: البخاري (٦٠٤٧)، ومسلم [١/ ٧٣]، وهو في التحفة [٢/ ١١٩].

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ [١٥/ ١٩٦].

(٤) قوله: «فليُحِجّهُ»، كذا هو في شب، وفي المطبوع: «فليحجبه».

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٢٣)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٢]، التفريع [١/ ٣٨٠].

[٩٢٣] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ جَعَلَ مَالَهُ فِي رِتَاجِ الكَعْبَةِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الرتاج هو باب الكعبة، وهو مستغنٍ عن ماله؛ إذ لا ضرورة إليه، ولو لم يكن للكعبة بابٌ، جاز، فلم يكن عليه شيءٌ في هذا القول.

وقد حكي عن مالك أنّه قال: «عليه كفّارة يمينٍ»[٢]، حكاه بعض أصحابه من أهل المدينة.

ورُوِيَ هذا القول عن عائشة رضي الله عنها[٣].

والأول أصحّ، إذ لا وجه له في إيجاب الكفّارة فيه، إذ ليس هذا القول بيمينٍ، ومن جعل فيه كفّارة يمينٍ جعله كالنّذر الذي لا يسمىٰ له مخرجٌ، ففيه كفّارة يمينٍ.

❀❀❀

[٩٢٤] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ قَالَ: «أَنْحَرُ وَلَدِي عِنْدَ مَقَامِ إِبْرَاهِيمَ» فِي يَمِينٍ ثُمَّ حَنِثَ، فَعَلَيْهِ هَدْيٌ[٤].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٣)، المدونة [١/ ٥٧٥]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٢)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤].

(٢) ينظر: النوادر والزيادات [٤/ ٣٤].

(٣) أخرجه مالك [٣/ ٦٨٦]، من طريق منصور الحجبي، عن أمه، عن عائشة أم المؤمنين: «أنها سُئلت عن رجل قال: مالي في رتاج الكعبة، فقالت عائشة: يكفِّره ما يكفِّر اليمين».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٢٤)، المختصر الصغير، ص (٣٧١)، المدونة [١/ ٥٧٦]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٢].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ نحـر ابنه غير جائزٍ، فعليه بـدل ذلك الهدي، وهذا بمنزلة من يلزم نفسه نذراً لا يسمّيه، فعليه بدل ذلك كفّارة يمينٍ.

وهذا إذا قال هذا القول في يمينٍ يعقدها علىٰ نفسه، فأمّا إذا نذر نحر ابنه في غير يمينٍ ولم يرد وجه القربة ولا علّقه بيمينٍ، فلا شيء عليه، وكذلك قال مالك.

❀❀❀

[٩٢٥] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَنْحَرَ ابْنَهُ، وَلَمْ يَقُلْ عِنْدَ** [٣/ ٦٨/ أ] **مَقَامِ إِبْرَاهِيْمَ وَلَا أَرَادَهُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**[١].

✍ مـن قِبَلِ أنَّ نـذر هذا معصيةٌ مجرّدةٌ لا يتعلَّق بها شـيءٌ من الطاعة، ولا نذر في معصية الله عَزَّ وَجَلَّ[٢]، كما قال رسول الله ﷺ[٣].

وقد رَوَىٰ سـفيان الثوري، عن إسماعيل بن أمية، عن عثمان بن حاضر[٤]، عن ابن عباس وابن عمر، في رجلٍ نذر أن ينحر ابنه، قالا: «**يَنْحَرُ جَزُوراً**»[٥].

❀❀❀

[٩٢٦] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ جَعَلَ ابْنَهُ هَدْيَـا، أَهْدَىٰ عَنْهُ**[٦].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه أراد بجعله ولده هديـاً القربة إلىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ، ولم

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٤)، المدونة [١/ ٥٧٦]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٢].

(٢) حكىٰ ابن يونس هذا القول عن الأبهري في الجامع [٦/ ٣٣٣].

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة ٨٨٠ .

(٤) عثمان بن حاضر الأزدي القاص، صدوق، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٦٦٠).

(٥) ذكره ابن حزم في المحلىٰ [٨/ ١٦] مسنداً.

(٦) المختصر الكبير، ص (٢٢٤)، المدونة [١/ ٥٧٦]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٢].

يجـز أن يفي بهذه القربة، فـكان عليه بدلها هدي، كما أمر الله عَـزَّ وَجَلَّ إبراهيم صلىٰ اللـه عليـه أن يفدي ابنه بذبـحٍ عظيمٍ، وهو هدي، فكذلـك هذا يجب عليه ذلك.

❀❀❀

[٩٢٧] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ قَالَ: «أَحْمِلُ فُلَانًا إِلَىٰ بَيْتِ الله عَزَّ وَجَلَّ»:**

⇦ **فَإِنْ نَوَىٰ عَلَىٰ رَقَبَتِهِ، فَلْيَمْشِ وَلْيُهْد وَلَا يَحْمِلهُ**(١).

⇦ **وَإِنْ لَـمْ يَنْـوِ شَـيْئًا، فَلْيَحُجّ رَاكِبًـا وَليَحُجَّ بِالرَّجُـلِ؛ لِأَنَّهُ قَـالَ**(٢): **«أَنَا أَحْمِلُكَ»**(٣).

فَإِنْ أَبَىٰ أَنْ يَحُجَّ مَعَهُ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ(٤).

✍ إنّمـا قال: «إنه يمشـي ويهدي ولا يحملـه إذا أراد حمله علىٰ رقبته ولم يرد حمله به»، فلأنَّ الحج والمشي فيه طاعةٌ لله عَزَّ وَجَلَّ، فإذا ألزم الإنسان نفسه لزمه الوفاء به.

فأمّـا حملـه الرّجل علىٰ رقبته فليس عليه ذلك؛ لأنَّ في ذلك تعذيب نفسـه في غير طاعةٍ لله جَلَّ وَعَزَّ، فليس عليه فعله.

---

(١) في المدونة [١/ ٥٦٣]: «ولا يُحِجُّهُ».

(٢) قوله: «لَأَنّهُ قَالَ»، كذا في شب، وفي عز: «لَأَنّهُ إِنَّمَا قَالَ».

(٣) في المدونة [١/ ٥٦٣]: «ولا هدي عليه».

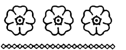
(٤) المختصـر الكبير، ص (٢٢٤)، الموطأ [٣/ ٦٧٥]، المدونة [١/ ٥٦٣]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠١)، التفريع [١/ ٣٨١].

وقد رَوَىٰ موسىٰ بن إسماعيل(١)، حدثنا وهيب، حدثنا أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: «**بَيْنَمَا رَسُولُ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ يَخْطُبُ، إِذَا هُوَ بِرَجُلٍ قَائِمٍ فِي الشَّمْسِ، فَسَأَلَ عَنْهُ، فَقَالُوا: هُوَ أَبُو إِسْرَائِيلَ، نَذَرَ أَنْ** [٣/ ٦٨/ ب] **يَقُومَ وَلَا يَقْعُدَ، وَلَا يَسْتَظِلَّ، وَلَا يَتَكَلَّمَ، وَيَصُومَ، فَقَالَ: مُرُوهُ فَلْيَتَكَلَّمْ، وَلْيَسْتَظِلَّ وَيَقْعُدْ، وَيُتِمَّ صَوْمَهُ**»(٢).

وقد رَوَىٰ ثابتٌ البناني، عن أنسٍ، عن النبيِّ ﷺ: «**أَنَّهُ رَأَىٰ رَجُلاً يُهَادَىٰ بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَسَأَلَ عَنْهُ، فَقَالُوا: نَذَرَ أَنْ يَمْشِيَ، فَقَالَ: إِنَّ الله تَعَالَىٰ لَغَنِيٌّ عَنْ تَعْذِيبِ هَذَا نَفْسَهُ، مُرُوهُ أَنْ يَرْكَبَ**»(٣).

وقوله: «إن لم ينو شيئًا فليحج راكبًا وليحج بالرّجل»، يعني: أنّه لا ينوي حمله علىٰ رقبته، فعليه أن يحجّ راكبًا؛ لأنّه لم يرد تعذيب نفسه بالمشي وحمله، وإنما أراد بالحج هو بنفسه وأن يحج معه بالرجل، فعليه أن يفعل ذلك؛ لأنَّ هذا كلّه طاعةٌ لله تعالىٰ، فعليه أن يفي به؛ لقول رسول الله ﷺ: «**مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ الله فَلْيُطِعْهُ**»(٤).

فإن أبىٰ الرّجل أن يحج معه حج هو بنفسه، ولم يكن عليه شيءٌ في الرّجل إذا امتنع أن يحج؛ لأنَّ تركه الحج به ليس هو بفعله واختياره، وإنما هو بفعل غيره، ولا شيء عليه في فعل غيره.



---

(١) موسىٰ بن إسماعيل المنقري التبوذكي، ثقة ثبت، من صغار التاسعة. تقريب التهذيب، ص (٩٧٧).

(٢) رواه البخاري (٦٧٠٤)، وهو في التحفة [٥/ ١١١].

(٣) متفق عليه: البخاري (١٨٦٥)، مسلم [٥/ ٧٩]، وهو في التحفة [١/ ١٣١].

(٤) تقدَّم ذكره في المسألة ٨٧٧ .

باب ما جاء فيمن حلف بالمشي والنذر[١]

[٩٢٨] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ قَالَ: «عَلَيْهِ المَشْيُ إِلَىٰ بَيْتِ الله عَزَّ وَجَلَّ»، فَإِنَّهُ يَمْشِي، حَتَّىٰ إِذَا عَجزَ رَكِبَ، ثُمَّ عَادَ[٢] فَمَشَىٰ مِنْ حَيْثُ عَجزَ إِنْ كَانَ يَسْتَطِيْعُ المَشْيَ.

وَإِنْ كَانَ بِهِ مِنَ الكِبرِ وَالضَّعْفِ مَا لا يَقْدِرُ فِيْهِ عَلَىٰ المَشْيِ: فَإِنْ عَادَ فَلْيَرْكَبْ إِذَا عَجزَ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ عَودَةٌ.

فَإِنْ رَجعَ فَمَشَىٰ مِنْ حَيْثُ عَجزَ، فَلْيُهْدِ هَدْيًا وَاحِدًا لِجَمِيْعِ عَجْزِهِ كُلِّهِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي نَذْرٍ وَاحِدٍ، بَدَنَةً أَوْ بَقَرَةً أَوْ شَاةً، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ عَشَرَةَ أَيَّامٍ[٣].

✍ إنّما قال ذلك: [٣/٦٩/أ] «إنه يركب إذا عجز عن المشي»؛ فلأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[البقرة:٢٨٦]، فليس عليه أن يفعل ما ليس في طاقته، أو أن يفعل ما يشق عليه حتىٰ يؤدي فعله إلىٰ تلفه أو مرضه؛ بدلالة أنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ أباح المريض والمسافر أن يفطرا إذا ضعفا عن الصوم،

---

(١) هذا العنوان مثبت في نسخة عز، دون شب.

(٢) يعني: في حَجةٍ أو عمرةٍ أخرىٰ، كما يفيده كلام الشارح.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٤)، المختصر الصغير، ص (٣٧٢)، الموطأ [٣/ ٦٧٣-٦٧٤]، المدونة [١/ ٥٥٩]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠١)، التفريع [١/ ٣٧٨].

وخاصةً المريض إذا أضرَّ به صومه، فكذلك هذا الذي لا يقدر علىٰ المشي، أو يؤديه ذلك إلىٰ تلفٍ أو مرضٍ مفرطٍ، فله أن يركب، ثمّ يعود فيمشي ما ركب في حَجةٍ أخرىٰ أو عمرةٍ؛ ليأتي بالحج متصلاً علىٰ ما ألزمه نفسه.

فأمّا وجوب الهدي عليه إذا ركب؛ فلأنه قطع مشيه الذي كان أوجبه علىٰ نفسه متصلاً، فوجب عليه هديٌ؛ جبرانًا لذلك الفعل، كما يجب الإطعام علىٰ الذي يترك قضاء شهر رمضان حتىٰ يخرج وقته، وكذلك تجب الكفّارة علىٰ من أفطر يومًا في شهر رمضان لغير عذرٍ؛ لأنّه قطع ما وجب عليه وصله، فكذلك هذا.

وقوله: «إنَّ الهدي في ذلك بدنةٌ أو بقرةٌ أو شاةٌ»؛ فلأنَّ الهدي في الأصول كلها هو من هذا الجنس، فكذلك في هذا.

وقوله: «إنَّه يصوم عشرة أيامٍ إذا لم يجد الهدي»؛ فلأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ جعل علىٰ المتمتع صيام عشرة أيامٍ بدل الهدي الذي وجب عليه إذا لم يجده، بقوله تعالىٰ: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ ۗ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ ۗ﴾[البقرة:١٩٦].

❀❀❀

[٩٢٩] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ قَالَ: «عَلَيَّ المَشْيُ إِلَىٰ بَيْتِ الله تَعَالَىٰ»، [٣/٦٩/ب] فَلْيَمْشِ فِي حَجٍّ أَو عُمْرَةٍ، إِلّا أَنْ يَكُونَ نَوىٰ المَشْيَ فِي أَحَدِهِمَا، أَرَادَهُ بِعَيْنِهِ، فَلْيَمْشِ فِي ذَلِكَ الّذِي نَوىٰ.

⇦ فَإِنْ مَشَىٰ فِي حَجٍّ، فَلْيَمْشِ المَنَاسِكَ كُلَّهَا وَيُفِيْضُ مَاشِيًا.

⇦ **وَإِنْ مَشَىٰ فِي عُمْرَةٍ، فَإِذَا طَافَ وَسَعَىٰ، فَقَدْ قَضَىٰ مَشْيَهُ**(١).

وَمَنْ مَشَىٰ فِي حَجٍّ(٢) **فَفَاتَهُ الحَجُّ، فَقَدْ قَضَىٰ مَشْيَهُ وَيَحُجّ قَابِلَ؛ لِفَوَاتِ الحَجِّ، وَلَا يَمْشِي المَنَاسِكَ**(٣).

✍ إنّما قال: «إنَّ عليه أن يمشي في حجٍّ أو عمرةٍ إذا ألزم نفسه المشي إلىٰ بيت الله عَزَّ وَجَلَّ، وإن لم يذكر الحج والعمرة ولا أرادهما»؛ فلأنَّ المشي إلىٰ بيت الله إنّما يكون في حجٍّ أو عمرةٍ، لا يمشي إليه في إحرامٍ لغير هذين، وإذا كان كذلك، وجب عليه أن يكون مشيه في أحدهما، وبذلك تَعَبَّدَ الله سبحانه العباد إذا قدروا علىٰ المجيء إلىٰ بيته الحرام بقوله تعالىٰ: ﴿وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ﴾[الحج:٢٧]، فأخبر أن إتيانهم إلىٰ البيت هو للحج، وقال تعالىٰ: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾[البقرة:١٩٦]، وهما بالمجيء إلىٰ البيت، وإذا كان كذلك، وجب أن يكون مشيه في أحدهما.

فأمّا إذا أراد أحدهما مشىٰ فيه، حجّاً كان أو عمرةً؛ لأنّه الذي أراده وألزم نفسه.

---

(١) ثَمَّ زيادة في هذا الموضع من المطبوع، غير مثبتة في المخطوط، هي: «لفوات الحج ولا يمشي المناسك».

(٢) قوله: «وَمَنْ مَشَىٰ فِي حَجٍّ»، كذا في شب، وفي عز: «وَمَنْ جَعَلَ عَلَيْهِ مَشْيًا إِلَىٰ بَيْتِ الله وَمَشَىٰ فِي الحَجِّ».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٤)، المختصر الصغير، ص (٣٧٤)، الموطأ [٣/ ٦٧٦]، المدونة [١/ ٥٥٥]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠١)، التفريع [١/ ٣٧٨].

فإن مشىٰ في حجٍّ، مشىٰ المناسك كلها حتىٰ يطوف بالبيت طواف الإفاضة؛ لأنّــه آخر فروض الحج، فإذا فعل ذلك، جاز له أن يركب بعد ذلك فيما بقي عليه من سُنَّةِ الحج؛ لأنّه قد أدىٰ فرض الحج.

وإن مشــىٰ في عمرةٍ، مشىٰ حتىٰ يطوف بالبيت ويسعىٰ بين الصفا والمروة، وهذا هو العمرة.

وقوله: «إن مشــىٰ [٣/ ٧٠/أ] في حجٍّ ففاته الحج فقد قضىٰ مشـيه، ويحج قابلاً لفوات الحج ولا يمشــي المناســك»؛ فلأنه قد أتىٰ بالمشي في عمل عمرةٍ، ولو ابتدأه بذلك، كان جائزاً له، فكذلك إذا فاته الحج، وإنما يعود راكبـًا حتىٰ يأتي بما جعل علىٰ نفسه من أعمال الحج.

وقوله: «لا يمشــي المناســك كلها»؛ فلأنَّ المشــي، قد سـقط عنه بالحجة الأولىٰ، وفيها نظرٌ، ويشـبه أن تكون المسـألة ويمشــي المناســك، و:(لا)، هاهنا غلطٌ.

❀❀❀

[٩٣٠] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن مَشَىٰ فِي حَجٍّ، فَلَمَّا سَعَىٰ، ظَنَّ أَنَّهُ قَدْ قَضَىٰ مَشيَهُ فَرَكِبَ المَناسِكَ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَعودَ قَابِلاً حَتَّىٰ يَمْشيَ مَا رَكِبَ مِنَ المَناسِكِ[١]، وَيُهْدِي أَحَبُّ إِلَيْنَا[٢].

---

(١) قوله: «المَناسِكِ»، كذا في شب، وفي عز: «المَناسِكِ كُلِّهَا».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٥)، المدونة [١/ ٥٥٧].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه لمَّا ركب في بعض عمل الحج وجب عليه أن يعود حتىٰ يمشي في الأعمال التي كان ركبها؛ لأنّه ألزم نفسه فعلها ماشيًا، وهي طاعةٌ لله تعالىٰ، فعليه أن يفعلها كذلك.

ويهدي؛ لأنّه قطع مشيه في عمل الحج ولم يصل عمله في شيءٍ واحدٍ، فوجب أن يجبر ذلك بالهدي.

❀❀❀

[٩٣١] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن جَعَلَ عَلَيْهِ مَشْيًا إِلَىٰ بَيْتِ الله تَعَالَىٰ، فَلَيْسَ يُجْزِيهِ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا الوَفَاء بِهِ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا إيجاب طاعةٍ لله تعالىٰ علىٰ نفسه، فلا بد له من الوفاء به، كما لو ألزم نفسه صدقةً وصلاةً وعتقًا وأشباه ذلك، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ يَوْمًا﴾[الإنسان:٧]، وقال سبحانه: ﴿وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج:٢٩]، وقال النبيُّ ﷺ: «**مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ الله عَزَّ وَجَلَّ فَلْيُطِعْهُ**»(٢).

❀❀❀

[٣/ ٧٠/ب] **[٩٣٢] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن جَعَلَ عَلَيْهِ المَشْيَ إِلَىٰ بَيْتِ الله تَعَالَىٰ مِئَةَ مَرَّةٍ، فَلَيْسَ يُجْزِيهِ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا عَدَد مَا حَلَفَ عَلَيْهِ**(٣).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٥)، المختصر الصغير، ص (٣٧٥)، المدونة [١/ ٥٥٥].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة ٨٧٧ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٥)، المدونة [١/ ٥٥٦]، مختصر أبي مصعب، ص

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ إيجابه ذلك علىٰ نفسـه طاعةً لله تعالىٰ، فعليه أن يفي بذلك كله إن أمكنه، أو ما أمكنه في عمره، لا بد له من ذلك.

ولا ينـوب عنه غيره، كما لا ينوب عن العتق إذا ألزمه نفسـه غيره، وكذلك عـن الصلاة والصيام وأشـباه ذلك، بل عليـه أن يأتي بما ألزم نفسـه، ولو جاز أن يعدل إلىٰ غيره، لجاز ذلك في العتق والصلاة، وهذا فاسدٌ.

❀❀❀

[٩٣٣] مَسْـأَلَةٌ: قَـالَ: وَمَـن حَلَـفَ بِالْمَشْـيِ إِلَـىٰ بَيْتِ الله تَعَالَـىٰ حَافِيًا، فَلْيَنْتَعِلْ، وَليُهْدِ أَحَبّ إِلَيْنَا[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ في مشـيه حافيـاً تعذيبـاً لنفسـه في غير طاعةٍ، فله أن ينتعل، كما أنَّ في قيامه في الشمس تعذيبـاً لنفسه في غير طاعة، وقد أمر النبيُّ ﷺ من أوجب علىٰ نفسه ذلك أن يتركه[٢]؛ لأنّه ليس بطاعةٍ لله تعالىٰ.

وقوله: «إنَّ عليه الهدي»، فهو علىٰ وجه الاسـتحباب؛ لجواز أن يكون في

---

(٣٠١).

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٢٥)، المختصر الصغير، ص (٣٧٥)، المدونة [١/ ٥٦٢]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠١).

(٢) هو حديث أبي إسرائيل المتقدم ذكره في المسألة ٩٢٧ .

مشيه حافيًا ضربٌ من الطاعة، كما أنَّ نفس مشيه طاعةٌ، فإذا ترك ذلك لعذرٍ كان عليه الهدي.

❀❀❀

[٩٣٤] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ مَشْيٌ**(١)**، فَمَشَىٰ لِحَجِّهِ وَنَذْرِهِ وَهُوَ صَرُورَةٌ**(٢)**، أَجْزَأَهُ لِنَذْرِهِ وَحَجَّ مَرَّةً أُخْرَىٰ**(٣).

✍ إنّما قال: «إنَّه يجزيه عن نذره»؛ لأنَّ النَّذر أضعف من الفرض، فلمّا جمعهما بنيةٍ واحدةٍ، كان عليه إعادة الأقوىٰ؛ لأنّه قد أشركه في نيةٍ هي أضعف من نية الفرض.

فأمّا النذر فيجزيه؛ لأنّه لمّا جعل مع [٣/ ٧١/أ] النية له نية الفرض كانت أقوىٰ، فنابت عن النذر؛ لأنَّ القوي ينوب عن الضعيف، وليس ينوب الضعيف عن القوي.

ألا ترىٰ: أنّه ينوب غسل الجنابة عن غسل الجمعة، ولا ينوب غسل الجمعة عن غسل الجنابة، وكذلك تيمُّم الفرض ينوب عن النفل، ولا ينوب تيمُّم النفل عن الفرض.

---

(١) قوله: «مَشْيٌ»، كذا في شب، وفي عز: «مَشْيٌ إلىٰ بيت الله».

(٢) قوله: «صَرُورَةٌ»، الصرورة هو الذي لم يحج، يقال رجل صرورة وامرأة صرورة إذا لم يحجا، ينظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، ص (١٦٣).

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٥)، المدونة [١/ ٥٦٣]، التفريع [١/ ٣٧٨].

وهذا قول مالكٍ، وفي هذه المسألة خلافٌ بين أصحاب مالكٍ، وهذا هو الصحيح لِمَا ذكرناه.

۞۞۞

[٩٣٥] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن كَانَ عَلَيْهِ مَشْيٌ، فَرَكِبَ اليَوْمَ واللَّيْلَةَ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَلْيُهدِ وَلَا يَعُودُ لِمَشْيِهِ[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ركوبه يسيرٌ، وإعادة المشي، في الأصل اجتهادٌ إذا ركب فيه وليس بنص، فإذا كان يسيراً فلا إعادة عليه، وعليه الهدي بدل ما ركب.

۞۞۞

[٩٣٦] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن كَانَ عَلَيْهِ مَشْيٌ فَمَشَىٰ بَعْضَ الطَّرِيقِ، فَنَسِيَ حاجَةً لَـهُ خَلْفَهُ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ رَاكِبًا إِلَىٰ حاجَتِهِ، وَيَكرُّ[٢] رَاكِبًا إِلَىٰ المَوْضِعِ اَلَّذِي انْتَهَىٰ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَمْشِي[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه قد مشىٰ في هذا الذي ركب فيه، فلا شيء عليه.

ولأنَّ مشيه كله متصلٌ من غير ركوبٍ فيه.

۞۞۞

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٥)، المدونة [١/ ٥٥٧]، التفريع [١/ ٣٧٨].

(٢) قوله: «ويكرُّ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ويكون».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٥)، المدونة [١/ ٥٥٦].

[٩٣٧] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن حَلَفَ بِالْمَشْيِ وَهُوَ عَبْدٌ ثُمَّ عَتَق، فَذَلِكَ عَلَيْهِ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ العبد مِمَّن يصح عقده في ذمَّته، فعليه الوفاء بما عقد علىٰ نفسه إذا أعتق، وإنما كان المانع له سيده، لا أنَّ حجه غير صحيحٍ إذا تطوع به.

ألا ترىٰ: أنَّه لو أذن له في المشي عن نذره في حجه لجاز ذلك عنه، فكذلك يلزمه الوفاء بنذره إذا عَتَقَ؛ لزوال حقِّ سيِّده.

❀❀❀

[٣/ ٧١/ب] **[٩٣٨] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَن قَالَ لِشَيْءٍ لا يُطِيقُ حَمْلَهُ: «أَنَا أَحْمِلُكَ إِلَىٰ بَيْتِ الله عَزَّ وَجَلَّ»، فَلْيَمْشِ وَيُهْدِ**(٢).

✍ إنّما قال: «إنَّه يهدي»؛ لإسقاط ثُقل حمل ما جعل علىٰ نفسه حمله، فعليه الهدي، كما إذا ركب فيما يُلزم نفسه المشي فيه لتخفيف ذلك عن نفسه.

وعليه أن يحج؛ لإلزام نفسه الحج.



---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٥).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٦)، المدونة [١/ ٥٦٣].

[٩٣٩] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ أَهَلَّ بِالْحَجِّ وَهُوَ صَرُورَةٌ عَنْ نَفْسِـهِ، وَمَشَـىٰ عَنْ غَيْرِهِ، فَحَجُّهُ تَامٌّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْشِيَ عَنْ غَيْرِهِ(١)(٢).

✍ إنّمـا قال: «إنَّ حجه يجزيه عنـه»؛ لأنّه لم ينوه عن غيره، وإنما نوىٰ عن نفسـه وحج عنها، فكان عمـل الحج له دون غيره؛ لأنَّ الحج يصح للإنسـان من غير مشيٍ فيه.

ألا ترىٰ: أنّه لو ركب بدل المشـي لكان حجه تامًّا، فكذلك إذا نوىٰ مشـيه عن غيره، لم يضر ذلك حجه؛ لأنَّ المشي دون الحج لا يفيد شيئـًا.

ألا ترىٰ: أنَّ الإنسـان إذا ألزم نفسـه المشي إلىٰ بيت الله الحرام، كان عليه حجٌّ أو عمرةٌ؛ لأنَّ المشـي وحده في غير حـجٍّ أو عمرةٍ ليس عمل طاعةٍ ولا يفيد شيئـًا.

فأمّا إذا نوىٰ عمل الحج أو العمرة عن غيره، لم يجزه عن نفسه، وكان عليه أن يحـج أو يعتمـر عن نفسـه؛ لأنَّ العمل بالنية، ولا يجوز لـه أن يعمل عملاً عن غيره، ثمّ يكون له.

❀❀❀

[٩٤٠] مَسْأَلَةٌ: وَمَنْ قَالَ: «هُوَ مُحْرِمٌ بِحَجَّةٍ إِنْ فَعَلَ كَذَا وَكَذَا»:

---

(١) قوله: «لأنّه ليس له أن يمشي عن غيره»، يعني أن مشيه عن غيره غير مجزئ، لأنّه ليس له أن يمشي عن غيره.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٦).

⇦ **فَإِنْ كَانَتْ نِيَّتُهُ أَنَّهُ ساعةَ يَفْعَلُهُ مُحْرِمٌ، فَهُوَ مُحْرِمٌ إِذَا فَعَلَهُ**(١).

⇦ **وَإِنْ لَمْ تَكُنْ نِيَّتُهُ، فَلْيُحْرِمْ فِي إِبَّانِ الإِحْرَامِ، وَيُهْدِي أَحَبُّ إِلَيْنَا**(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ عليه أن يفعل من ذلك ما نواه وعقده [٣/ ٧٢/أ] علىٰ نفسه، فإن لم تكن له نيةٌ أخَّره إلىٰ إبَّان الحج وشهوره؛ لاستحباب الإحرام بالحج في شهوره.

وعليه الهدي؛ لجواز أن يكون كان الإحرام عليه في وقت الفعل، فأخَّره إلىٰ شهور الحج.

❁❁❁

[٩٤١] **مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَإِنْ قَالَ: «أَنَا مُحْرِمٌ بِعُمْرَةٍ»، فَهُوَ مُحْرِمٌ بِهَا حِيْنَ يَحْنَث، وَيُقِيْمُ حَتَّىٰ يَجِدَ صَحَابَةً تَخْرُجُ - إِنْ لَمْ يَجِدْ مَنْ يَخْرُجُ مَعَهُ -**(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الإحرام بالعمرة يجوز في كلّ وقتٍ، فلزمه ذلك حين حنث؛ لأنّه قد ألزمه نفسه فيه، والإحرام بالحج، فالاختيار(٤) فيه أن يكون

---

(١) في المدونة [١/ ٥٥٨]، وإن كان ذلك في غير أشهر الحج.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٦)، المدونة [١/ ٥٥٨]، [٤/ ٣١].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٦)، المدونة [١/ ٥٥٨]، النوادر والزيادات [٤/ ٣١].

(٤) قوله: «فالاختيار»، كذا في شب.

في شـهور الحـج، فافترقا لهذا المعنـىٰ، إلّا أن تكون نيته أنّه محـرمٌ بالحج حين يحنث، فيلزمه الإحرام به حينئذٍ كما ألزم نفسه.

❀❀❀

[٩٤٢] مَسْـأَلَةٌ: قَـالَ: وَمَنْ جَعَـلَ عَلَىٰ نَفْسِـهِ أَنْ يُحْرِمَ مِنَ المَدِيْنَـةِ بِعُمْرَةٍ، فَلْيُحْـرِمْ مِنْ ذِي الحُلَيْفَةِ، وَلَكِنْ[1] يَغْتَسِـلُ بِالمَدِيْنَةِ، وَيَتَجَـرَّدُ فِيْهَا لِمَوضِعِ مَا قَالَ مِنَ المَدِيْنَةِ، وَيُحْرِم مِنْ ذِي الحُلَيْفَةِ[2].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ ذا الحليفة ميقات النبيِّ ﷺ، فوجب أن يحرم منها، لأنَّ من لزمه الإحرام بالحج من المدينة كان له أن يحرم من ذي الحليفة، فكذلك هـذا الحالف لمّا لزمه الحج من المدينـة كان له أن يحرم من ذي الحليفة، ولأنها ميقات رسول الله ﷺ أيضـًا.

❀❀❀

[٩٤٣] مَسْـأَلَةٌ: قَـالَ: وَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ مَشْـيٌ مِنَ الإِسْـكَنْدرِيَّةِ، فَمَشَـىٰ إِلَىٰ

---

(١) قوله: «ولكن»، كذا في شب، وفي المطبوع: «وله أن».
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٦).

الفُسْطَاطِ فَأَقَامَ بِهَا شَهْراً، ثُمَّ خَرَجَ مَاشِيًا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ(١)**، وَإِنْ أَتَىٰ المَدِيْنَةَ فَأَقَامَ** [٣/ ٧٢/ب] **بِهَا أَيْضًا**(٢) **ثُمَّ مَشَىٰ**(٣)**، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا قد وصل مشيه ولم يركب فيه شيئًا، ولا يضره ما أقام في خلال مشيه؛ لأنَّ الذي عليه أن يمشي الطريق كله ولا يركب فيه، سواءٌ وصل مشيه أو قطعه بإقامةٍ.

❀❀❀

[٩٤٤] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ قَالَ: «عَلَيَّ المَشْيُ إِلَىٰ بَيْتِ الله عَزَّ وَجَلَّ»، فَإِنَّمَا يَمْشِي مِنْ حَيْثُ حَلَفَ(٥).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه هو الموضع الذي ألزم نفسه منه الحج، فعليه أن يمشي منه.

❀❀❀

[٩٤٥] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَحمِلَ شَيْئًا لا يَقْوَىٰ عَلَىٰ حَمْلِهِ إِلَىٰ

---

(١) توجد في هذا الموضع زيادة مثبتة في حاشية عز، هي: «إذا كان أوَّل مشيـ[ـه] نواه....».

(٢) قوله: «أَيْضًا»، كذا في شب، وفي عز: «أَيَّامًا».

(٣) قوله: «ثُمَّ مَشَىٰ»، كذا في شب، وفي عز: «ثُمَّ مَشَىٰ أشهراً».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٢٦).

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٢٦)، المدونة [١/ ٥٥٨]، البيان والتحصيل [٣/ ١٣١].

بَيْتِ الله الحَرَامِ، ثُمَّ مَشَىٰ فَعَجز فَرَكِبَ، فَيُجْزِيهِ هَدْيٌ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّ الهَدْيَ الأَوَّلَ لَيْسَ مِمَّا مَضَتْ بِهِ السُّنَّةُ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الهديين جميعًا هما من جنسٍ واحدٍ، وإذا اجتمعا، اجتزأ بأحدهما؛ لأنَّ ذلك إنّما هو من عَجْزِ مَشْيٍ وَعَجْزِ حَمْلِ نقلٍ، فكان حكمه واحداً، وذلك كمثل السهو في الصلاة إذا تكرر أنّه يجزي منه سجودٌ واحدٌ، والحدث إذا تكرر يجزي منه طهورٌ واحدٌ.

❀❀❀

[٩٤٦] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ مَشَىٰ فِي مَشْيٍ عَلَيْهِ غَيْر مَرَّةٍ حَتَّىٰ قَضَاهُ، فَإِنَّمَا عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ هَدْيٌ وَاحِدٌ إِذَا كَانَ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ(٢) **وَاحِدٍ**(٣).

✍ يعني: إذا ركب فيه، أنَّ عليه هديًا واحداً؛ لأنَّ هذا مشيٌ واحدٌ، وإن كان قد كرَّر اللفظ في إيجابه علىٰ نفسه، كما يكرر لفظ اليمين إذا حلف فتكون يمينًا واحدةً وعليه فيها كفارةٌ واحدةٌ، إلّا أن يكون يريد استئنافها فتكون أيمانًا، لكل يمينٍ منها كفارةٌ.

❀❀❀

[٩٤٧] مَسْأَلَةٌ: [٣/٧٣/أ] **قَالَ: وَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ فَمَشَىٰ عُقْبَةً وَرَكِبَ عُقبةً، فَلْيُعِدِ**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٦)، النوادر والزيادات [٤/ ٣١].

(٢) قوله: «فِي شَيْءٍ»، كذا في شب، وفي عز: «في نَذْرٍ».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٦).

الْمَشْـيَ مِنْ أَوَّلِهِ؛ [لِأَنَّ][١] هَذَا مُسْتَرِيحٌ، وَإِنَّمَا يُعِيْدُ الْمَشْيَ[٢] مِنْ حَيْثُ انْتَهَىٰ: مَنْ مَشَىٰ فَعَجزَ[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا قد اختار قطع المشي من غير عذرٍ، فعليه الإعادة؛ لأنّه أتىٰ به علىٰ خلاف ما أوجبه علىٰ نفسه مع قدرته أن يأتي به متصلاً.

فأمّا إذا عجز عن المشي فركب، فعليه الهدي بدل ما ركب؛ لأنّه لم يختر قطعه مع قدرته علىٰ ذلك.

❀❀❀

[٩٤٨] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ مَشْيٌ، فَلْيُهْدَ عَنْهُ، وَلا يُمْشَىٰ عَنْ مَيِّتٍ.

فَإِنْ وَعَدَهُ بِذَلِكَ بَعْضُ وَلَدِهِ، فَلْيَمْشِ عَنْهُ أَحَبُّ إِلَيْنَا إِنْ وَعَدَهُ[٤].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المشي في الحج عملٌ من أعمال البدن، فلا يفعله أحدٌ عن أحدٍ، وذلك كالصلاة والصيام، لا يفعلهما أحدٌ عن أحدٍ، فالحجّ مثله.

وقد رَوَىٰ حماد بن زيد، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر قال: «**لا يُصَلِّي أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ، وَلَا يَصُومُ أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ، ولا يَحُجُّ أَحَدٌ عَنْ أَحَدٍ**»[٥].

---

(١) ما بين [ ] غير واضحة في شب، والمثبت من عز.

(٢) قوله: «يُعِيْدُ المَشْيَ»، كذا في شب، وفي عز: «يعتدُّ بالمشيِ».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٧).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٢٧)، الموطأ [٣/ ٦٧٢]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٠)، النوادر والزيادات [٤/ ٣١].

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة [٨/ ٦٢٦]، من طريق يحيىٰ بن سعيد الأنصاري، عن نافع، عن

ويُخْـرَجُ بـدل ذلك هديٌ من ماله؛ لأنّه لمّا عجز عن المشـي بالموت، كان بمنزلة عجزه عن المشي في حال حياته، فعليه الهدي.

فإن أوصىٰ أحداً من ولده بالمشي عنه أو وعده بذلك، مشىٰ عنه وحجّ؛ لأنَّه وعده بذلك، فيستحب له فعله.

ولأنَّ مـن أهل العلم من يقول: «إنه يحج عنه الفـرض والنذر»، فلهذا تنفذ وصيته إذا أوصىٰ بالحج عنه؛ لأنَّ في ذلك اختلافـًا بين أهل العلم.

❀❀❀

[٩٤٩] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ مَشْـيٌ وَهُوَ صَرُورَةٌ[١]، فَلْيَدْخُلْ بِعُمْرَةٍ مَاشِـيًا، ثُمَّ يُهِلُّ بِالحَـجِّ بَعْدَ حُلُولِهِ، فَيُجْزِيهِ مِنْ حَجَّةِ الإِسْـلَامِ [٣/ ٧٣/ ب] وَمَشْـيِهِ، وَعَلَيْهِ الهَدْيُ لِمُتْعَتِهِ[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ ليجتمع له في مشيٍ واحدٍ أداء النذر والحج؛ لأنّه يمشي في نذره ويعتمر، ثمّ يهل بالحج عن فرضه، فيكون قد أدّىٰ الفرض والنذر جميعـًا.

وعليـه الهـدي في متعته؛ لأنّه قد جمـع حجّـًا وعمرةً في سـفرٍ واحدٍ، وقد أوجب الله عَزَّ وَجَلَّ علىٰ المتمتع الهدي.

❀❀❀

ابن عمر، وهو عند عبد الرزاق [٩/ ٦١].

(١) يعني: أنّه نذر المشي إلىٰ بيت الله، دون تعيين بحجة أو عمرة.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٧)، المختصر الصغير، ص (٣٧٥)، المدونة [١/ ٥٦٢].

[٩٥٠] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ مَشْيٌ مِنْ أَهْلِ الأَنْدَلُسِ، فَمَشَىٰ إِلَىٰ البِحَارِ، ثُمَّ رَكِبَ البَحْرَ، ثُمَّ مَشَىٰ حِيْنَ وَصَلَ إِلَىٰ البَرِّ، قَالَ[١]: يُجْزِي عَنْهُ وَلاَ هَدْيَ عَلَيْهِ[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ البحر طريقهم إلىٰ الحج وبهم ضرورةٌ إلىٰ ركوبه، فلا هدي عليهم؛ لأنهم لم يختاروا ركوب البحر مع قدرتهم علىٰ المشي.

❀❀❀

[٩٥١] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَمْشِيَ إِلَىٰ مَسْجِدٍ يُصَلِّي فِيْهِ:

⇦ فَإِنْ كَانَ قَرِيْبًا، فَلْيُصَلِّ فِيْهِ.

⇦ وَإِنْ كَانَ لا يُنَالُ إِلَّا بِرِحْلَةٍ، فَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَيْهِ[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المشي لا يكون إلّا إلىٰ المسجد الحرام دون غيره من المساجد.

كذلك لا [يجوز له][٤] الركوب للصلاة إلىٰ غير ثلاثة مساجد: مسجد الحرام، ومسجد المدينة، ومسجد بيت المقدس، فمتىٰ ألزم نفسه إتيان مسجدٍ

---

(١) قوله: «قَالَ»، كذا في شب، وفي عز: «فإنَّه».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٢٧)، البيان والتحصيل [٣/ ١٤١].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٧)، المدونة [١/ ٥٦٥]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٠]، التفريع [١/ ٣٧٩].

(٤) ما بين [ ] شبه مطموسة، والسياق يقتضيها مع ما يظهر منها.

غير هذه الثلاثة المساجد، لم يلزمه ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**لا تُشَدُّ الرِّحَالُ إِلَّا إِلَىٰ ثَلَاثَةِ مَسَاجِدَ، المَسْجِدِ الحَرَامِ، وَالمَسْجِدِ الأَقْصَىٰ، وَمَسْجِدِي**».

رواه سفيان، عن الزهري، عن سعيدٍ، عن أبي هريرة، عن النبيِّ ﷺ(١).

ورواه هشام، عن قتادة، عن قزعة، عن أبي سعيدٍ، عن النبيِّ ﷺ(٢).

[٣/ ٧٤/أ] ورواه بصرة بن أبي بصر(٣) الغفاري، عن النبيِّ ﷺ(٤).

وهذا ألزم نفسه الإتيان إلىٰ غير هذه الثلاثة المواضع، فليس عليه أن يأتيها، وعليه أن يأتي هذه الثلاثة المساجد إذا ألزم نفسه الصلاة فيها، أو الحج أو العمرة في مسجد الحرام.

فأمّا إن أراد أحدٌ أن يتطوع بإتيان مسجدٍ غير هذه الثلاثة، فلا بأس عليه في ذلك، وقد رَوَىٰ مالك وعبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْتِي قُبَاءَ رَاكِبًا وَمَاشِيًا**»(٥)، يعني: مسجد قباء فيصلِّي فيه.

فإذا كان المسجد قريبًا غير هذه الثلاثة المساجد، فإنّه إن شاء صلىٰ فيه،

---

(١) متفق عليه: أخرجه البخاري (١١٨٩)، مسلم [٤/ ١٢٦]، وهو في التحفة [١٠/ ١٤].

(٢) متفق عليه: البخاري (١١٨٨)، مسلم [٤/ ١٠٢]، وهو في التحفة [٣/ ٤٤٣].

(٣) قوله: «بصر»، كذا في شب، وفي الموطأ: «بصرة»، وهو الصواب: وهو: بصرة بن أبي بصرة الغفاري، صحابي ابن صحابي. تقريب التهذيب، ص (١٧٤).

(٤) أخرجه مالك [٢/ ١٥٠].

(٥) حديث مالك: أخرجه في الموطأ [٢/ ٢٣٣]، وحديث عبيد الله متفق عليه: البخاري (١١٩٤)، مسلم [٤/ ١٢٧]، وهو في التحفة [٦/ ١٧٥].

وإن شاء صلىٰ في موضعه، فإن تباعد لم يلزمه إتيانه لِمَا ذكرناه؛ ولأنَّ إتيان غير هذه المساجد مباحٌ، فإن شاء فعل وإن شاء لم يفعل.

❁❁❁

[٩٥٢] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَمْشِيَ إِلَىٰ بَيْتِ المَقْدِسِ أَوِ المَدِيْنَة:

⇦ فَإِنْ كَانَ أَرَادَ الصَّلَاةَ فِيْهِمَا، فَلْيَرْكَبْ وَلَا مَشْيَ عَلَيْهِ حَتَّىٰ يُصَلِّيَ فِيْهِمَا.

⇦ وَإِنْ كَانَ لَمْ يُرْدِ الصَّلَاةَ وَأَرَادَ المَشْيَ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا أراد الصلاة فيهما، فعليه أن يأتيهما ليصلِّي فيهما؛ لأنَّ الصلاة فيهما طاعةٌ لله جَلَّ وَعَزَّ، وفيه فضلٌ كبيرٌ علىٰ الصلاة في غيرهما، إلّا المسجد الحرام.

وإن لم يرد الصلاة فيهما وإنما أراد المشي إليهما حسب، فليس عليه أن يمشي إليهما؛ لأنّه لا أصل للمشي إليهما في الطاعات حتىٰ إذا ألزمه نفسه وجب عليه، وليس هما في ذلك كالمشي إلىٰ الكعبة؛ [٣/ ٧٤ب] لأنَّ المشي إلىٰ الكعبة له أصلٌ في الطاعة، فإذا ألزم نفسه ذلك وجب عليه المشي في حجٍّ أو عمرةٍ.

وإذا أوجب علىٰ نفسه المشي إلىٰ مسجد المدينة أو بيت المقدس، لم يلزمه ذلك؛ إذ لا أصل للمشي إليهما.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٧)، المدونة [١/ ٥٦٥]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٢)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٠]، التفريع [١/ ٣٧٩].

فـإن أراد الصـلاة فيهما، ركـب وصلّىٰ؛ لأنَّ للصلاة فيهمـا وفضلهما علىٰ غيرهما أصلاً، فعليه أن يأتيهما لذلك.

وإن لـم يـرد الصـلاة فيهما، لم يكـن عليـه أن يأتيهما؛ إذ لا أصل للمشـي إليهما، ولم يرد الصلاة فيهما، فليس عليه شيءٌ، إذ مشيه دون الصلاة فيهما ليس بطاعةٍ، وإنما عليه أن يفي بما يلزم نفسه إذا كان طاعةً لله عَزَّ وَجَلَّ.

❁❁❁

[٩٥٣] مَسْـأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ حَلَفَ بِالْمَشْـيِ إِلَىٰ بَيْتِ الله عَزَّ وَجَلَّ وَأَضْمَرَ[١] الْمَسْجِدَ[٢]، أَجْزَأَهُ ذَلِكَ[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه الذي قصده وأراده، فعليه أن يأتي بما أراد دون غيره؛ لأنَّ العمل بالنية، ولا يلزم الإنسان غير ما أراده إذا كان من حقوق الله جل ثناؤه.

فأمّا ما كان من حقِّ آدميٍّ، فإنّه يلزمه بظاهر القول أو الفعل وإن لم تُعْلم منه إرادةٌ[٤].

❁❁❁

---

(١) قوله: «وأضمر»، كذا في شب، وفي المطبوع: «قاصداً».

(٢) قولـه: «وأضمـر المسـجد»، يعنـي نـوىٰ مسـجداً من المسـاجد، كمـا فـي المدونة [١/ ٥٦٤].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٢٧)، المدونة [١/ ٥٦٤].

(٤) توجد مسألة بعد هذا الموضع، غير مثبتة في شب، وهي في عز٤/ أ، ونصها: [٩٥٣-عز] وَمَنْ نَذَرَ الصَّلَاةَ فِي مَسْجِدِ بَلَدٍ، فَلْيُصَلِّ فِي مَوضِعِهِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

[٩٥٤] مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَنْحَرَ بَدَنَةً بِبَلَدٍ مِنَ ٱلْبُلْدَانِ، فَلْيَنْحَرْ بِبَلَدِهِ.

قُلْتُ: فَإِنْ نَذَرَهَا لِمَسَاكِينِ أَهْلِ ذَلِكَ ٱلْبَلَدِ؟

قَالَ: وَإِنْ نَذَرَهَا، فَلْيَنْحَرهَا بِمَوْضِعِهِ ٱلَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ، وَلَا تُسَاقُ ٱلْبُدُنُ إِلَّا إِلَىٰ مَكَّةَ خَاصَّةً.

وَقَدْ قِيلَ: يَنْحَرهَا بِذَلِكَ ٱلْبَلَدِ إِذَا أَرَادَ مَسَاكِينَهَا وَلَمْ يُرِدْ بِهِ ٱلتَّعْظِيمَ، وَذَلِكَ أَحَبُّ إِلَيْنَا(١).

✍ وجه قوله: «إنه ينحرها في موضعها»؛ فلأنه كأنه أوجبه لأهل البلد الذي هو فيه، فلا يجوز نقلها إلىٰ غيره من البلدان من مكة وغيرها، [٣/ ٧٥/أ] كما لو أوجب لمساكين أهل البلد علىٰ نفسه صدقةً أو طعامًا، لم يجز نقله عنهم إلىٰ غيرهم.

وكذلك الزكاة، لا ينبغي نقلها من بلد المزكِّي إلىٰ غيره، فكذلك ما نذر نحره من البدن وغيرها.

ولا يجوز سوقها إلىٰ البلد الذي نذر نحرها فيه؛ لأنّه لا يجوز سوق هديٍ إلىٰ غير مكة؛ من قِبَلِ أنّه لا يجوز تعظيم غير الكعبة كتعظيم الكعبة، وفي سوق الهدي إلىٰ غيرها تعظيمٌ لغيرها، وقد قال الله سبحانه: ﴿هَدْيَۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة:٩٥]، وقال تعالىٰ: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج:٣٣]، فلا يجوز نقل هدي من موضع إلىٰ موضعٍ غير الكعبة بهذه الدلالة.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٢٧)، المدونة [١/ ٥٦٩]، التفريع [١/ ٣٧٦].

وكما لم يجز أن يمشي إلىٰ غير الكعبة إذا ألزم الإنسان نفسه المشي إليه، ويلزمه في الكعبة، فكذلك لا يلزمه نقل هديٍ أو نحر شيءٍ إلىٰ الموضع الذي سمَّاه؛ لأنَّ ذلك إنّما هو بمكة خاصةً.

وجه قوله[1]: «إنه ينحرها في الموضع الذي نذرها، يسوقها إليه إذا أراد مساكينها ولم يرد التعظيم للبلد»؛ فلأنه إنّما أوجبها لمساكين ذلك البلد، فعليه نقلها إليهم، كما يلزمه نقل ما يُلْزِمُ نفسه من تفرقة صدقة تطوعٍ عليهم أو شيئًا من هذا الجنس؛ لأنّه قد أوجبه لهم، فكذلك نحر البدن وغيرها.

وليس طريق هذا الهدي، بل هذا إنّما هو علىٰ وجه إطعامهم لحم الشّيء المنحور فيهم.

ألا ترىٰ: أنَّ النّحر في الأصول قد يكون علىٰ غير وجه الهدي، من ذلك: الضحايا، والعقائق، ونسك الأذىٰ[2].



(١) قوله: «وجه قوله»، كذا في شب.

(٢) هذا آخر ما هو موجود من كتاب الأيمان والنذور.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

[باب ما جاء في الضحايا][(١)]

* [٩٥٤-١] قَالَ مِقْدَامُ: قَالَ ابْنُ عَبْدِ الحَكَمِ: قُلْتُ: أَرَأَيْتَ الضَّحِيَّةَ، أَسُنَّةٌ هِيَ؟

قَالَ: نَعَمْ، قَالَ رَسُولُ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْه وَسَلَّمَ: «أُمِرْتُ بِالنَّحْرِ، وَهُوَ لَكُمْ سُنَّةٌ».

قُلْتُ: وَعَلَىٰ مَنْ تَجِبُ؟

قَالَ: عَلَىٰ كُلِّ مَنْ وَجَدَ إِلَيْهَا السَّبِيْلَ مِنَ المُسْلِمِيْنَ: مِنْ أَهْلِ المَدَائِنِ، وَأَهْلِ القُرَىٰ، وَأَهْلِ العَمُودِ، وَأَهْلِ الحَضَرِ، وَأَهْلِ السَّفَرِ، إِلَّا الحَاجّ الَّذِيْنَ بِمِنَىٰ، فَإِنَّهُ لَا ضَحِيَّةَ عَلَيْهِمْ[(٢)].

❀❀❀

* [٩٥٤-٢] وَالسِّنُّ التِي تَجُوزُ فِي الضَّحَايَا: الجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ، وَالثَّنِيّ مِمَّا سِوَاهُ، وَالثَّنِيُّ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ أَحَبُّ إِلَيْنَا[(٣)].

❀❀❀

---

(١) هذا العنوان وما بعده من المسائل مفقود من شب، والمثبت من عز٤/أ

(٢) عز٤/أ، المختصر الصغير، ص (٣٧٧).

(٣) عز٤/ب، المختصر الصغير، ص (٣٧٨).

* [٩٥٤-٣] وَأَفْضَلُ الضَّحَايَا: الفُحُولُ مِنَ الضَّأْنِ، وإِنَاثُهَا خَيْرٌ مِنْ فُحُولِ المَعزِ، وَفُحُولُ المَعزِ خَيْرٌ مِنْ إِنَاثِهَا، وَإِنَاثُ المَعزِ خَيْرٌ مِنَ الإِبِلِ وَالبَقَرِ[١].

۞۞۞

* [٩٥٤-٤] قُلْتُ: فَمَا الذِي يُتَّقَىٰ مِنْ ذَلِكَ؟

قَالَ: العَيْبُ كُلُّهُ، وَالسَّلَامَةُ مِنْهُ أَفْضَلُ، وَلَا يُضَحِّي بِعَوْرَاءَ وَلَا عَمْيَاءَ وَلَا مَرِيْضَةٍ وَلَا عَرْجَاءَ، وَلَا بَأْسَ بِالظَّلْعِ الخَفِيْفِ التِي تَلْحَقُ بِهِ الغَنَمَ[٢].

[٣/ ٧٥/ ب] ....«لا مُقَابَلَةٍ وَلَا مُدَابَرَةٍ، وَلَا شَرْقَاءَ وَلَا خَرْقَاءَ».

ورَوَىٰ زهيرٌ، قال: حدثنا أبو إسحاق، عن شريح بن النعمان[٣] - وكان رجل صدقٍ - عن عليٍّ رضي الله عنه قال: «أَمَرَنَا رَسُولُ الله ﷺ أَنْ نَسْتَشْرِفَ العَيْنَ وَالأُذُنَ، وَلَا نُضَحِّيَ بِعَوْرَاءَ، وَلَا مُقَابَلَةٍ، وَلَا مُدَابَرَةٍ، وَلَا خَرْقَاءَ، وَلَا شَرْقَاءَ.

قَالَ زُهَيْرٌ: فَقُلْتُ لِأَبِي إِسْحَاقَ: أَذَكَرَ عَضْبَاءَ؟، قَالَ: لَا، قَالَ فَمَا المُقَابَلَةُ؟، قَالَ: قَطْعُ طَرَفِ الأُذُنِ، قُلْتُ فَمَا المُدَابَرَةُ؟، قَالَ: يُقْطَعُ مِنْ مُؤَخَّرِ الأُذُنِ، قُلْتُ: فَمَا الشَّرْقَاءُ؟، قَالَ: تُشَقُّ الأُذُنُ، قُلْتُ: فَمَا الخَرْقَاءُ؟، قال: تَخْرِقُ أُذُنَهَا السِّمَةُ»[٤].

۞۞۞

---

(١) عز٤/ ب، المختصر الصغير، ص (٣٧٨).

(٢) عز٤/ ب، المختصر الصغير، ص (٣٧٨).

(٣) شريح بن النعمان الصائدي الكوفي، صدوق، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٤٣٥).

(٤) أخرجه أبو داود [٣/ ٣٦٤]، والترمذي [٣/ ١٦٣]، وابن ماجه [٤/ ٣١٧]، وهو في التحفة [٧/ ٣٨٣].

[٩٥٥] مسألة: قال: ولا يضحي بعجفاء لا شحم فيها(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**وَالعَجْفَاءُ الَّتِي لا تُنْقِي**»(٢)، يعني: التي لا شحم فيها؛ لأنّها إذا كانت كذلك فهي أكثر ضرراً علىٰ المساكين علىٰ العمياء والعوراء؛ لأنهم لا ينتفعون بها كذلك كبير منفعةٍ.

❀❀❀

[٩٥٦] مسألة: قال: ولا بأس بالجَمَّاءِ(٣)**، والمكسورة القرن إذا كان لا يدمىٰ**(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ القرن ليس مما يؤكل، فإذا أعدم جازت الأضحية بها، فأمّا إذا كان مكسوراً يدمىٰ فلم يجز؛ لأنَّ ذلك عيبٌ فيها.

❀❀❀

[٩٥٧] مسألة: قال: ولا بأس بالشق اليسير من(٥) **المسمِ**(٦)(٧).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٩)، التفريع [١/ ٣٩١].

(٢) أخرجه مالك [٣/ ٦٨٧]، وأبو داود [٣/ ٣٦١]، والترمذي [٣/ ١٦٢]، وابن ماجه [٤/ ٣٢٠]، والنسائي في الكبرىٰ [٤/ ٣٣٨]، وهو في التحفة [٢/ ٣١].

(٣) قوله: «بالجَمَّاءِ»، هي الشاة التي لا قرن لها، ينظر: النهاية لابن الأثير [١/ ٣٠٠].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٠٩)، المدونة [١/ ٥٤٦]، النوادر والزيادات [٤/ ٣١٦]، التفريع [١/ ٣٩١]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٤٠].

(٥) قوله: «من»، كذا في شب، وفي عز: «مثل»، وكتب فوقها: «من».

(٦) قوله: «المسمِ»، كذا رسمها في شب، وفي عز: «الميسم»، ونحوه في المدونة [١/ ٥٤٨]، وفي المطبوع: «الجسم».

(٧) المختصر الكبير، ص (٢٠٩)، المدونة [١/ ٥٤٨].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا لا يضرها ولا يؤثر فيها، وتحتاج إلىٰ السمة لتُعْرَف.

❀❀❀

[٩٥٨] مسألة: قال: وإن انكسرت أضحيةٌ فجبرت، فلا بأس بها[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ العيب قد زال منها وهو الكسر إذا جُبر، فلا بأس بها، كالمرض إذا زال.

❀❀❀

[٩٥٩] مسألة: [٣/٧٦/أ] **قال: ولا بأس بالضحية بالهرمة**[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الهرم ليس عيباً يمنع من الأضحية، فجاز أن يُضَحَّىٰ بها.

❀❀❀

[٩٦٠] مسألة: قال: ولا يجوز شيءٌ من الوحش في أضحيةٍ، ولا عقيقةٍ، ولا نسكٍ[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النسك في الواجبات والقرب، وكذلك الهدايا،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٩)، البيان والتحصيل [٣/ ٣٥١].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٠٩)، النوادر والزيادات [٤/ ٣١٧]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٤٣].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٠٩)، وقد نقل الباجي هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في المنتقىٰ [٣/ ١٠٣]، وينظر: النوادر والزيادات [٤/ ٣١٨]، التفريع [١/ ٣٩٠]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٥١].

إنّما يجعل في بهيمة الأنعام، وهي: الإبل والبقر والغنم، دون غيرها من الوحش والطير؛ قال الله جَلَّ وَعَزَّ: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ﴾[الحج:٣٦]، وقال سبحانه: ﴿وَٱلْهَدْىَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُۥ﴾[الفتح:٢٥]، وقال تعالىٰ: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾[المائدة:٩٥]، فلا يجوز أن يكون الهدي والنسك من غير بهيمة الأنعام.

وبذلك وردت السنة عن النبيِّ ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم.

❀❀❀

[٩٦١] مسألة: قال: ولا يضحِّي بالساقطة الأسنان، إلّا من كِبَرٍ، إلّا من حفاءٍ من غير كِبَرٍ(١)(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا كان من غير كبرٍ فهو من مرضٍ، فلا يجوز أن يضحِّي بها؛ لأنَّ ذلك عيبٌ فيها، وقد نهىٰ النبيُّ ﷺ عن المريضة أن يُضحَّىٰ بها.

وإذا كان من كبر، جاز أن يضحَّىٰ بها؛ لأنَّ ذلك غير مرضٍ فيها.

❀❀❀

[٩٦٢] مسألة: قال: وإذا أصاب الشاة الحَمَر(٣) **الشديد، فذلك مرضٌ**(٤).

---

(١) قوله: «إلاَّ من حفاءٍ من غير كِبَرٍ»، كذا في شب، وفي عز: «أو حفاءٍ من كبرٍ».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٠٩)، النوادر والزيادات [٤/ ٣١٧]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٤٠].

(٣) قوله: «الحمر»، هو التخم، والشاة الحمرة، هي التي أصابها التخمة من الأكل، ينظر: المدونة [١/ ٥٤٧]، الكافي لابن عبد البر [١/ ٤٢٢]

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٠٩)، المدونة [١/ ٥٤٧].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الحَمَر مرضٌ يحدث فيها، وذلك عيبٌ، ولا تجوز الأضحية بمعيبةٍ.

❁❁❁

[٩٦٣] مسألة: قال: ويستحب للرجل أن يضحِّيَ عنه وعن أهل بيته بكبشٍ كبشٍ، وإن ضحَّىٰ بكبشٍ واحدٍ عنهم، أجزأه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الأضحية سُنةٌ علىٰ ما ذكرناه، فيستحبُّ للإنسان أن [٣/٧٦/ب] يضحِّي عن نفسه، وعن كلِّ واحدٍ من أهله بكبشٍ كبشٍ، كما يُستحبُّ لكل إنسانٍ أن يأتي بالسُّنن التي قد أُمِر بها.

فإن ضحَّىٰ عنه وعنهم بكبشٍ واحدٍ أجزأه، وقد فعل ذلك رسول الله ﷺ.

فرَوَىٰ يعلىٰ(٢)، حدثنا يحيىٰ(٣)، عن أبيه(٤)، عن أبي هريرة قال: «**ضَحَّىٰ رَسُولُ الله ﷺ بِكَبْشَيْنِ أَقْرَنَيْنِ أَمْلَحَيْنِ مَوْجِيَّيْنِ، فَقَرَّبَ أَحَدَهُمَا فَقَالَ: بِسْمِ الله،**

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٩)، المختصر الصغير، ص (٣٧٩)، الموطأ [٣/ ٦٩٤]، المدونة [١/ ٥٤٧]، النوادر والزيادات [٤/ ٣١٠]، التفريع [١/ ٣٩٠]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٤٤].

(٢) يعلىٰ بن عبيد بن أبي أمية الكوفي الطنافسي، ثقة إلاّ في حديثه عن الثوري ففيه لين، من كبار التاسعة. تقريب التهذيب، ص (١٠٩١).

(٣) يحيىٰ بن عبيد الله بن عبد الله بن موهب التيمي المدني، متروك وأفحش الحاكم فرماه بالوضع، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (١٠٦١).

(٤) عبيد الله بن عبد الله بن موهب التيمي المدني، مقبول، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٦٤١).

مِنْـكَ وَإِلَيْكَ، اللهمَّ هَذَا عَـنْ مُحَمَّدٍ وَأَهْلِ بَيْتِهِ، ثُمَّ قَرَّبَ الآخَرَ فَقَالَ مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ قَالَ: اللهمَّ هَذَا عَمَّنْ يُوَحِّدُكَ مِنْ أُمَّتِي»(١).

ورَوَىٰ عبيد اللـه، عن نافع، عن ابن عمر: «**أَنَّـهُ كَانَ يُضَحِّي عَنْ كُلِّ صَغِيرٍ وَكَبِيرٍ**»(٢).

❀❀❀

[٩٦٤] مسألة: **قال: ولا يشترك القوم في الأضحية، يخرجون الثمن جميعـًا ويقتسمون اللحم علىٰ قدره، ولا يجوز ذلك للرفقاء في السفر**(٣).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ الأضحية سُـنَّةٌ علىٰ كلّ إنسـانٍ في نفســه، وأقل ما يجوز فيها الجذع من الضأن والثني من غيره.

وليس يجوز أن يشـتركوا في شـيءٍ منها؛ لأنَّ علـىٰ كلّ واحدٍ أن يذبح عن نفسه ذبحـًا كاملاً لا شركـًا في المذبوح.

---

(١) لـم أقف عليـه بهذا الإسـناد، وقـد روىٰ أحمد فـي المسـند [٤١/ ٤٩٧]، من طريق الثوري، عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن أبي سـلمة، عن عائشـة، أو أبي هريرة نحوه.

(٢) أخرجـه عبد الرزاق [٤/ ٣٨٠]، مـن طريق معمر، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر: «أنّه كان لا يضحي عن حبل، ولكن كان يضحي عن ولده الصغار والكبار، ويعقُّ عن ولده كلهم».

(٣) المختصـر الكبير، ص (٢٠٩)، المختصـر الصغير، ص (٣٧٩)، الموطأ [٣/ ٦٩٤]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٩٥)، التفريع [١/ ٣٩١]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٤٤].

فـإن قيـل: إنَّ النبيَّ ﷺ قـد ضحَّىٰ عنـه وعن أهـل بيته بكبشٍ فشـركهم فيه(١)(٢)؟

قيـل: هذا جائـزٌ عندنا إذا فعله الإنسـانُ مثل ما فعله النبـيُّ ﷺ؛ لأنَّ ملك المذبوح لواحدٍ، وإنما شـركهم في الثواب، وإنما الذي لا يجوز أن يشـتركوا في الثمـن، ثمّ يشـتركون في الذبح؛ [٣/ ٧٧/أ] من قِبَلِ أنَّه يصيـر حينئذٍ كأنه أخرج جزءاً من لحمٍ، لا أنَّه ذبح أضحيةً(٣).

ولأنَّ الشركة في اللحم توجب القسمة متىٰ طالب أحدهم بذلك، والقسمة بيع، ولا يجوز بيع لحوم الأضاحي، ولا يجوز لهم أن يقتسموا فيؤدِّي هذا الفعل إلىٰ دفع أصلٍ واجبٍ وهي القسمة، وما أدَّىٰ إلىٰ دفع أصلٍ ثابتٍ فهو فاسد(٤).

فـإن قيل: إنَّ مالـكاً رَوَىٰ وابـن جريج، عن أبـي الزبير، عن جابـرٍ، قال: «**نَحَرْنَا مَعَ رَسُـولِ الله ﷺ البَدَنَةَ عَنْ سَـبْعَةٍ**»(٥)، وفي حديث مالكٍ: «**وَالبَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ**»، فقد اشتركوا في الهدي(٦)؟

---

(١) أخرجـه مسـلم [٦/ ٧٨]، من حديث عائشـة، وهو في التحفـة [١٢/ ٢٣٢]، وأحمد [٤٥/ ١٦٨] من حديث أبي رافع.

(٢) لم أقف علىٰ من اعترض بهذا الاعتراض.

(٣) نقل الباجي هذا الوجه من الاستدلال عن الأبهري في المنتقىٰ [٣/ ٩٦].

(٤) نقـل ابـن عبد البـر فـي التمهيـد [١٢/ ١٥٦]، والقَنَازِعي في تفسـير غريـب الموطأ [١/ ٣٢٤]، نحو هذا الكلام عن الأبهري.

(٥) حديـث مالك في الموطأ [٣/ ٦٩٣]، وحديث ابن جريج عند مسـلم [٤/ ٨٨]، وهو في التحفة [٢/ ٣٢٥].

(٦) ينظـر الاعتـراض فـي: الحـاوي للمـاوردي [١٩/ ١٤٦]، المغنـي لابـن قدامـة [١٣/ ٣٦٤].

قيـل له: معنىٰ هذا الخبر عندنا، هو كذبـح النبيِّ ﷺ الكبش عنه وعن أهل بيتـه، وعنـه وعن أمته؛ لأنَّ ملك البدن كان للنبـي ﷺ، وإنما فرقها علىٰ أصحابه لينحروها، لا أنهم اشتركوا فيها بالشري، وهذا جائزٌ؛ لأنهم متطوعون بالذبح، لا أنهم ذبحوا عن شيءٍ واجبٍ فُرِض عليهم، أو سُنةٍ مؤكَّدةٍ كالأضحية.

وقد اختلف قول مالك في جواز الاشتراك في هدي التطوع(١):

فأجازه كجواز النبيِّ ﷺ لأهل الحديبية أن يشتركوا في الهدي التطوع.

وكرهه، ووجه كراهته: أنَّ سبيل هدي التطوع في أنّه لا يجوز الاشتراك فيه كسبيل الفرض.

ألا تـرىٰ: أنّه لا يجوز فيه من السـن والسـلامة من العيـب إلّا ما يجوز في الفرض، وقصة أهل الحديبية، فإنهم لم يشتروا شيئـًا، وإنما دفع النبيُّ ﷺ الهدي إليهم لينحروه فيأكلوه ويتصدقوا منه.

❁❁❁

[٩٦٥] مسألة [٣/٧٧/ب] **قال: ولا بأس أن يبدل الرّجل ضحيته بمثلها، ويبدلها بخيرٍ منها أفضَلُ، ولا يبدلها بشرٍّ منها، وإن دخلها عيبٌ قبل أن ينحرها، أبدلها**(٢).

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ الضحية إنّما تجب بالذبـح أو بالقول، فلا بأس أن يبدلها بخيرٍ منها ما لم يوجبها.

---

(١) ينظر: المنتقىٰ للباجي [٣/ ٩٥].

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٠٩)، المدونـة [١/ ٥٤٧ و ٥٤٩]، النـوادر والزيـادات [٤/ ٣٢٤]، التفريع [١/ ٣٩١]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٧٣].

ويكـره له بدلها بدونها؛ لأنّه قد نوىٰ إخراج شـيءٍ للـه عَزَّ وَجَلَّ، فلا ينبغي له الرجوع فيه.

فأمّـا إذا أوجبهـا قولاً أو فعلاً، أعنـي: ذبحها، فلا يجوز لـه إبدالها، كما لا يجوز له إبدال الهدي إذا قلده وأشعره؛ لأنَّ وجوب ذلك كله قد استقر.

وقولـه: «إنه يبدلها إذا دخلها عيبٌ»، فلهـذا المعنىٰ أيضـًا؛ لأنّها إنّما تجب بالذبح أو القول، فإذا لم يستقر وجوبها، ثمّ أصابها عيبٌ كان عليه أن يبدلها؛ لأنَّ العيب لا يجوز في الأضحية.

❀❀❀

[٩٦٦] مسألة: قال: وإن باع رجل ضحيةً بثمنٍ، فلا يشتري خيراً منها بدون ثمنها، ولا يشتري إلّا بثمنها مثلها أو أفضل منها، وإن اشترىٰ بدون ثمنها والفضل له(١)، فلا يبدلها(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه قد أخرج الثمن لله عَزَّ وَجَلَّ، فلا ينبغي له أن يرجع فيه فيشتري بدون ذلك الثمن، سواءً كانت خيراً مما باعها أو دونها.

وهذا هو علىٰ وجه الاستحباب، فأمّا الوجوب فلا؛ لأنّها لم تجب بالشري، وإنمـا تجب بالذبح أو القول علىٰ ما ذكرنـاه، وإذا كان كذلك، كان له الفضل إذا اشتراها بدون ثمنها الذي باعها به.

❀❀❀

(١) توجد في هذا الموضع في حاشية عز زيادة هي: «أفضل منها».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٠)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٢٤].

[٩٦٧] مسـألة: قال: ولا يذبح للرجل أحدٌ غيره، إلّا من علةٍ أو مرضٍ، فإن فعل فلا إعادة عليه.

وقد قيل: إنه يبدل، والأول أعجب إلينا[١].

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ ذبـح ضحيته بيده، فيجب علـىٰ [٣/ ٧٨/أ] الإنسان أن يذبح بيده إذا كان ممن يمكنه ذلك، تأسياً بفعل النبيِّ ﷺ.

وقـد رَوَىٰ ابن وهب، قـال: أخبرني حيوة، قال: أخبرنـي أبو صخر[٢]، عن ابن قسـيط[٣]، عن عروة بن الزبير، عن عائشـة رضي الله عنها: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِكَبْـشٍ أَقْرَنَ، فَأُتِيَ بِهِ، فَضَحَّىٰ بِهِ، فَأَضْجَعَهُ وَذَبَحَهُ وَقَالَ: بِاسْـمِ الله، اللهمَّ تَقَبَّلْ مِنْ مُحَمَّدٍ وَآلِ مُحَمَّدٍ، وَمِنْ أُمَّةِ مُحَمَّدٍ، ثُمَّ ضَحَّىٰ بِهِ**»[٤].

ورَوَىٰ وهيب، عن أيوب، عن أبي قلابة، عن أنس: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَحَرَ سَبْعَ بَدَنَاتٍ بِيَدِهِ قِيَامًا، وَضَحَّىٰ بِالمَدِينَةِ بِكَبْشَيْنِ أَقْرَنَيْنِ أَمْلَحَيْنِ**»[٥].

فلهذا قال مالكٌ: «إنه يجب أن يباشـر الإنسـان ذبح الهدي والأضحية بيده إذا كان يمكنه ذلك، فمتىٰ لم يفعل ذلك، أعاد».

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢١٠)، المختصر الصغير، ص (٣٨٠)، النـوادر والزيادات [٤/ ٣١٩]، التفريع [١/ ٣٩٢].

(٢) حميد بـن زياد، أبو صخر ابن أبي المخارق الخراط صاحب العباء، صدوق يَهِمُ، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٢٧٤).

(٣) يزيد بن عبد الله بن قسـيط بن أسامة الليثي المدني الأعرج، ثقة، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (١٠٧٨).

(٤) أخرجه مسلم [٦/ ٧٨]، وهو في التحفة [١٢/ ٢٣٢].

(٥) أخرجه أبو داود [٢/ ٤٤١]، بهذا الإسناد، وهو في التحفة [١/ ٢٥٥].

ووجه قوله: «إنَّه لا يعيد»، فلأنَّ ذبح النبيِّ ﷺ بيده إنّما هو علىٰ وجه الاختيار له، لا أنَّ ذلك واجبٌ.

ألا ترىٰ: أنّه قد نحر بعض هديه بيده، وأمر علي بن أبي طالب رضي الله عنه فنحر باقيه.

فروىٰ الثوري، حدَّثنا عبد الكريم، عن مجاهد، عن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، عن علي رضي الله عنه قال: «**بَعَثَنِي رَسُولُ الله ﷺ أَقُومَ عَلَىٰ البُدْنِ، فَأَمَرَنِي أَنْ لا أُعْطِيَ فِي جِزَارَتِهَا شَيْئًا**»(١).

وفي غير هذا الحديث: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَحَرَ سِتًّا وَسِتِّينَ بَدَنَةً بِيَدِهِ، وَنَحَرَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ بَاقِيهَا، وَكَانَتْ مِئَةً**»(٢)، فقد نحر النبيُّ ﷺ وغيره، وكذلك يجوز للإنسان أن ينحر له غيره.

❀❀❀

[٩٦٨] مسألة: قال: وإن ذبح نصراني ضحية مسلمٍ، أعاد في أيام الذبح(٣).

[٣/٧٨/ب] إنّما قال ذلك؛ لأنّه لا يجوز لمسلمٍ أن يستعين في أمر دينه وما يتقرب به إلىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ بكافرٍ، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَنْ أَسْتَعِينَ بِمُشْرِكٍ**»(٤)، فوجب عليه الإعادة لهذه العلة؛ لأنّه أتىٰ بالقربة علىٰ خلاف ما أُمِرَ بها.

---

(١) متفق عليه: البخاري (١٧١٦)، مسلم [٤/ ٨٧]، وهو في التحفة [٧/ ٤٢٧].

(٢) أخرجه مسلم [٤/ ٣٨]، وهو في التحفة [٢/ ٢٧١].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٠)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٢٠]، التفريع [١/ ٣٩٢].

(٤) أخرجه مسلم [٥/ ٢٠٠]، وهو في التحفة [٥/ ٢٠٠].

وقد رَوَىٰ أهل المدينة عن مالك: «أنّه لا إعادة عليه»، وهو قول أشهب(١).

ووجه ذلك، قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾[المائدة:٥]، فأباحنا الله سبحانه أكلَ ما يذبحونه، وذلك كلحم الأضحية والهدي وغيره.

❀❀❀

[٩٦٩] مسألة: قال: ويقول الذابح علىٰ ضحيته: «بسم الله والله أكبر»، وإن قال: «ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم»، فلا بأس(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه قد رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنّه قال ذلك(٣)، فأيهما قال جاز.

❀❀❀

[٩٧٠] مسألة: قال: وينبغي للإمام أن يُحْضِرَ ضحيته بالمصلّىٰ، فيذبح حين يفرغ من الخطبة، حتىٰ يجوز الذبح للناس(٤).

---

(١) ينظر قول مالك وأشهب في: المنتقىٰ للباجي [٣/ ٩٢].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٠)، المختصر الصغير، ص (٣٨٠)، النوادر والزيادات [٤/ ٣١٩].

(٣) متفق عليه: البخاري (٥٥٦٥)، مسلم [٦/ ٧٧]، من حديث أنس رضي الله عنه قال: «ضحىٰ النبيُّ ﷺ بكبشين أملحين أقرنين، ذبحهما بيده وسمىٰ وكبر، ووضع رجله علىٰ صفاحهما»، وهو في التحفة [١/ ٣٦٣].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢١٠)، المختصر الصغير، ص (٣٨٠)، المدونة [١/ ٥٤٦]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٩٥)، النوادر والزيادات [٤/ ٣١٤]، التفريع [١/ ٣٨٩]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٣٩].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ كان يفعل ذلك[(١)]؛ ليَعْلَمَ النّاس ذبحه فيذبحوا بعده، إذ لا يجوز لهم أن يذبحوا الأضحية قبل ذبحه.

❀❀❀

[٩٧١] مسألة: قال: ومن ذبح قبل الإمام فليعد ضحيته.

وإن كان الإمام لم يذبح في المصلّىٰ، فليتوخَّ النّاس قدر انصرافه وذبحه، ثمّ يذبحون.

فمتىٰ لم يكن في دار جماعةٍ، فليتوخَّ صلاة أدنىٰ قريةٍ تليه[(٢)]، ثمّ يذبح.

فإن ذبح [٣/ ٧٩/ أ] بعد طلوع الشمس وهو يعلم أنَّ الإمام لم يذبح تلك الساعة، فليعد ضحيته في أيام النحر[(٣)].

✍ إنّما قال: «إنَّ عليه الإعادة إذا ضحَّىٰ قبل أن يُضَحِّي الإمام؛ فلأنَّ الإمام يجب أن يُقتدىٰ بفعله، ويكون فعل المأموم بعد فعله؛ لأنّه مقتدىً به، وكذلك أمر النبيُّ ﷺ بذلك في الصلاة، فالأضحية مثلها، وكلّ عملٍ، إلّا ما قامت الدلالة علىٰ جواز الفعل قبل فعله.

---

(١) أخرجه البخاري (٩٨٢)، من حديث ابن عمر: «أنَّ النبيَّ ﷺ كان ينحر أو يذبح بالمصلىٰ»، وهو في التحفة [٦/ ١٩٤].

(٢) قوله: «تليه»، ساقطة من المطبوع.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٠)، المختصر الصغير، ص (٣٨١)، المدونة [١/ ٥٤٦]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٩٥)، النوادر والزيادات [٤/ ٣١٤]، التفريع [١/ ٣٨٩].

وقد رَوَىٰ مسـدد، حدثنا أبـو الأحوص[1]، حدثنا منصور[2]، عن الشـعبي، عن البراء، قال: «**خَطَبَنَا رَسُـولُ الله ﷺ يَوْمَ النَّحْرِ بَعْـدَ الصَّلَاةِ، فَقَالَ: مَنْ صَلَّىٰ صَلَاتَنَا، وَنَسَكَ نُسُكَنَا، فَقَدْ أَصَابَ النُّسُكَ، وَمَنْ نَسَكَ قَبْلَ الصَّلَاةِ فَتِلْكَ شَاةُ لَحْمٍ، فَقَامَ أَبُو بُرْدَةَ بن نِيَارٍ فَقَالَ: يَا رَسُـولَ الله، لَقَدْ نَسَـكْتُ قَبْلَ أَنْ أَخْرُجَ إِلَىٰ الصَّلَاةِ، وَعَرَفْـتُ أَنَّ اليَـوْمَ يَوْمُ أَكْلٍ وَشُـرْبٍ فَتَعَجَّلْتُ فَأَكَلْتُ وَأَطْعَمْـتُ أَهْلِي وَجِيرَانِي، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: تِلْكَ شَاةُ لَحْمٍ، فَقَالَ: فَإِنَّ عِنْدِي عَنَاقًا جَذَعَةً وهِيَ خَيْرٌ مِنْ شَاتَيْ لَحْمٍ، فَهَلْ تُجْزِي عَنِّي، قَالَ: نَعَمْ، وَلَا تَجْزِيَ عَنْ أَحَدٍ بَعْدَكَ**»[3].

ورَوَىٰ مالك، عن يحيىٰ بن سـعيد، عن بشـير بن يسار[4]، عن أبي بردة بن نيـار: «**أَنّـه ذَبَـحَ ضَحِيَّتَهُ قَبْـلَ أَنْ ذَبَحَ رَسُـولُ الله ﷺ يَـوْمَ الأَضْحَـىٰ، فَزَعَمَ أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُعِيدَ بِضَحِيَّةٍ أُخْرَىٰ**»[5].

فإن قيـل: إنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه [٣/٧٩/ب] وسـلم إنّما أمره بالإعادة؛ لأنّه ضحَّىٰ قبل الصلاة، لا لأنّه ضحَّىٰ قبل أن يضحي النبيُّ ﷺ[6]؟

---

(١) سـلام بن سـليم الحنفي مولاهـم الكوفي، ثقة متقـن صاحب حديث، من السـابعة. تقريب التهذيب، ص (٤٢٥).

(٢) هو منصور بن المعتمر.

(٣) أخرجه أبو داود [٣/ ٣٦٠]، بنحو الإسـناد الذي ذكره الشارح، وهو في الصحيحين: البخاري (٩٥٥)، مسلم [٦/ ٧٥]، والتحفة [٢/ ٢٠].

(٤) بشـير بن يسـار الحارثي، مولىٰ الأنصـار، ثقة فقيه، من الثالثـة. تقريب التهذيب، ص (١٧٤).

(٥) أخرجه مالك [٣/ ٦٨٨]، والنسائي في الكبرىٰ [٤/ ٣٤٧]، وهو في التحفة [٩/ ٦٧].

(٦) ينظر الاعتراض في: الحاوي للماوردي [١٩/ ١٠٢].

قيـل له: لا فصل بين أن يضحِّي قبل الصلاة، وبين أن يصلِّي[(١)] بعد الصلاة قبـل ذبح الإمـام؛ لأنَّ ذبحـه قبل الصـلاة هو قبل ذبـحِ الإمام، وكذلـك هو بعد الصـلاة إذا كان قبل ذبح الإمـام؛ لأنَّ عليه أن يقتدي في الصلاة بفعل الإمام، فلو صلَّاهـا قبلـه لم تجزه، وكذلك الذبح مثله، إذا ذبح قبل لم يجزه، وقد فُسِّـرَ ذلك في حديث مالكٍ، أنَّ أبا بردة ذبح قبل أن يذبح النبيُّ ﷺ.

❁❁❁

[٩٧٢] مسألة: قال: ولا يضحِّي أحدٌ ليلاً، ومن ضحَّىٰ بليلٍ فليعد ضحيته؛ لأنَّ الله سبحانه قال: ﴿فِيٓ أَيَّامٍ مَّعۡلُومَٰتٍ﴾[الحج:٢٨]**، ولم يذكر الليالي**[(٢)].

✍ قد احتـجَّ مالكٌ لذلـك بقوله تبارك وتعالـىٰ: ﴿فِيٓ أَيَّامٍ مَّعۡلُومَٰتٍ﴾، أي: اذبحـوا الهدي فـي أيامٍ معلومـاتٍ، لقوله تعالـىٰ: ﴿وَيَذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ فِيٓ أَيَّامٍ مَّعۡلُومَٰتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلۡأَنۡعَٰمِۖ فَكُلُواْ مِنۡهَا﴾[الحج:٢٨]، فذكر الله سبحانه الذبـح فـي الهدايا في الأيـام دون الليالي، فلا يجـوز أن يُذْبَحَ هدي ولا ضحيةٌ ولا شـيءٌ ممـا يُتَقرب به إلىٰ الله عَـزَّ وَجَلَّ بالليل؛ لوصف الله سـبحانه ذلك كله في النهار، ولفعل النبيِّ ﷺ ذلك كلّه بالنهار دون الليل.

ولـو جاز أن يذبح ذلك بالليـل مع ذكر الله عَزَّ وَجَلَّ إيـاه بالنهار، لجاز أن ينفر الإنسـان من منىً بالليل، وإن كان الله تبارك وتعالـىٰ ذكر النفر بالنهار، فلمّا لم يجز ذلك في النفر؛ لأنّه [٣/٨٠/أ] يكون بخلاف ما ذكر الله سبحانه، فكذلك لا

---

(١) قوله: «يصلي»، كذا في شب، ولعلها تصحيف، صوابه: «يضحي».

(٢) المختصـر الكبير، ص (٢١٠)، المختصر الصغير، ص (٣٨١)، المدونة [١/ ٥٥٠]، النوادر والزيادات [٤/ ٣١٥]، التفريع [١/ ٣٨٩].

يجـوز ذبح الهدايا والضحايا، وكلّ ذبحٍ متقربٍ بـه إلىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ؛ لأنّه يكون بخلاف وصف الله سبحانه.

ولأنَّ الفقـراء قـد يُفْقدون بالليل؛ لأنهم لا يوجـدون، فيخاف أن يأكله غير الفقراء، ويتفسد حتىٰ يصبح.

ولهذا المعنىٰ قيل: إنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَىٰ عَنْ حَصَادِ اللَّيْلِ وَجَدَادِهِ.

رواه جعفر بـن محمـد[١]، عن أبيـه[٢]، عن جده[٣]: «**أَنَّ النَّبِـيَّ ﷺ نَهَىٰ عَنْ جَدَادِ اللَّيْلِ**»[٤].

❀❀❀

[٩٧٣] مسـألة: قـال: ونحب للرجل أن يأكل من ضحيتـه، فمتىٰ لم يأكل، فلا بأس عليه[٥].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَـزَّ وَجَلَّ قال: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ﴾[الحج:٢٨]، فاستُحِب له أن يأكل من كلّ هدي تطوعٍ أو واجبٍ لا بدل فيه من الطعام.

---

(١) جعفر بـن محمد بـن علي بن الحسـين بن علي بن أبـي طالب الهاشـمي المعروف بالصادق، صدوق فقيه إمام، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٢٠٠).

(٢) محمد بـن علي بن الحسـين بن علي بـن أبي طالب السـجاد، أبو جعفـر الباقر، ثقة فاضل، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٨٧٩).

(٣) علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي زين العابدين، ثقة ثبت، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٦٩٣).

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في التفسير [٥/ ٩٦]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [٨/ ٧٩].

(٥) المختصر الكبير، ص (٢١١)، المختصر الصغير، ص (٣٨٢).

ولأنَّ النبـيَّ ﷺ قـد أكل من الهـدي والضحية، فاسـتحب الاقتداء به ﷺ تسليماً.

فرُوِيَ: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ أَنْ يُؤْخَذَ مِنْ كُلِّ بَدَنَةٍ بِضْعَةٌ مِنْ لَحْمٍ فَيُطْبَخُ، قَالَ: فَطُبِخَ، فَأَكَلَ مِنْ لَحْمِهَا وَحَسَا مِنْ مَرَقِهَا ﷺ**»(١).

❀❀❀

[٩٧٤] مسـألة: قال: ولا بأس أن يُطْعِمَ من الضحية حراً وعبداً، أو غنيّاً أو فقيراً.

ويستحب له أن يتنكَّب النصارىٰ، وليس بذلك لازمٌ للناس(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الأضحية ليست بفرضٍ، فيجوز له أن يُطْعِم منها حراً أو عبـداً أو غنيّـاً، وإنما الذي لا يجـوز أن يُطْعِمَ منه هو لا(٣) مـا كان فرضـاً، فأمّا التطوع فلا [٣/ ٨٠/ب] بأس به.

ويكره له أن يطعم النصارىٰ؛ من قِبَلِ أنَّ الأضحية شيء يُتَقرب بها إلىٰ الله تبـارك وتعالـىٰ، فيُحَبّ أن يصرف ذلك في المسـلمين، فإن فعـل ذلك جاز، كما يجوز أن يتطوع عليهم بالصدقة.

❀❀❀

(١) أخرجه مسلم [٤/ ٣٨]، وهو في التحفة [٢/ ٢٧١].

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢١١)، النوادر والزيـادات [٤/ ٣٢٢]، التفريع [١/ ٣٩٣]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٤٣ و ٣٤٥].

(٣) قوله: «هو لا»، كذا في شب، ولعلَّ «لا» مقحمة.

[٩٧٥] مسألة: قال: ولا يباع من لحم الأضحية، ولا يُعْطَىٰ في جزرها شيءٌ منها، ولا تباع أُهُبُهَا[(١)]، ولا يدبغ بعضها ببعضٍ[(٢)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الأضحية هي لله سبحانه، كالهدي أنّه لله عَزَّ وَجَلَّ، فلا يجوز بيعها ولا بيع شيءٍ من لحمها؛ لأنَّ ذلك رجوعٌ فيها، فلا يجوز الرجوع فيما قد وجب لله تعالىٰ.

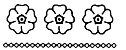
وكذلك لا يعطي الجازر منها شيئاً؛ لأنَّ ذلك بمنزلة البيع؛ لأنّه قد اكتراه علىٰ ذبحها باللحم الذي أعطاه.

وكذلك لا يجوز أن يبيع أهبها؛ لأنّه بعضها.

وكذلك لا يدبغ بعضها ببعض، يعني يدفع جلداً إلىٰ الدبَّاغ ليدبغ له آخر؛ لأنَّ ذلك بيعٌ؛ لأنّه قد اكترىٰ الدبَّاغ بجلدٍ لِيَدْبَغَ له آخر، وذلك غير جائزٍ.

وقد رَوَىٰ الثوري، عن عبد الكريم، عن مجاهد، عن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، عن علي عليه السلام قال: «**بَعَثَنِي رَسُولُ الله ﷺ أَنْ أَقُومَ عَلَىٰ البُدْنِ، فَأَمَرَنِي أَنْ لا أُعْطِيَ فِي جِزَارَتِهَا شَيْئًا**»[(٣)].

ورواه الثوري، قال: حدثني ابن أبي نجيح، عن مجاهد، عن ابن أبي ليلىٰ، عن علي رضي الله عنه نحوه.



---

(١) قوله: «أهبها»، الأهب جمع إهاب، وهو الجلد قبل أن يدبغ، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٣١).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١١)، المختصر الصغير، ص (٣٨٢)، التفريع [١/ ٣٩٣].

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة ٩٦٧ .

[٩٧٦] مسألة: قال: وإذا هلك الرّجل وترك لحم ضحيته، أكله ورثته ولم يبع في دينه[1].

[٣/ ٨١/أ] ✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الأضحيـة إذا ذُبِحَت أو أُوجِبت بالقول فقد صـارت لله عَزَّ وَجَلَّ، فلا يجوز الرجوع فيها ببيعٍ ولا غيره، بمنزلة الهدي، ولهم أكل لحمها والانتفاع به.

وكذلـك إذا مات فذلك لورثته، ولا يجوز بيعهـا ولا بيع لحمها في الدَّيْنِ، حيـًا كان أو ميتـًا، أعني: الذي أوجبهـا، وذلك بمنزلة أم الولـد لا تباع في دينٍ، ولسيدها الانتفاع بها دون بيعها.

❁❁❁

[٩٧٧] مسألة: قـال: ولا بـأس أن يضحي الرّجل عن أم ولـده وعبده، ولا يضحي عن جنينٍ في بطن أمه، ويضحي عن المولود يولد له[2].

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنَّ الأضحية فعل خيرٍ، فلا بـأس أن يفعل ذلك بعبده وأم ولده.

ولا يضحي عن جنينٍ؛ لأنَّ الأضحية هي علىٰ الأحياء الموجودين، لا علىٰ غيرهم ممن قد مات أو لم يولد.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١١)، وقد نقل ابن أبي زيد في النوادر والزيادات [٤/ ٣٢٥]، والباجـي فـي المنتقىٰ [٣/ ٩١]، هذه المسـألة عن ابن عبـد الحكم، وينظـر: البيان والتحصيل [٣/ ٣٣٦ و ٣٤١].

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢١١)، المدونة [١/ ٥٥٠]، النـوادر والزيادات [٤/ ٣١١-٣١٢]، التفريع [١/ ٣٩١]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٥٤].

ويضحي عن المولود؛ لأنّه موجودٌ، كما يُخْرِجُ عنه زكاة الفطر ويعقُّ عنه.

❀❀❀

[٩٧٨] مسألة: قال: ومن مات قبل أن يذبح ضحيته، فهي مالٌ من ماله، تباع في ميراثه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الضحية تجب بالقول أو الفعل، فإذا مات قبل أن يوجبها بالقول أو الذبح فهي مالٌ من ماله، تباع في دينه وتورث عنه.

❀❀❀

[٩٧٩] مسألة: قال: ومن ضلت ضحيته فلم يجدها إلّا بعد أيام النحر، فليصنع بها ما شاء، وإن وجدها في أيام النحر، ذبحها، فإن كان قد ذبح غيرها فليصنع بها ما شاء(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الأضحية إنّما تكون في أيام النحر، وهو يوم النحر ويومان بعده، لا ما بعد ذلك، فإذا وجدها في هذه الأيام ضحىٰ بها، وإن لم يجدها إلّا بعدها، لم يضح بها؛ لخروج وقت الأضحىٰ، كما لا يصلي لكسوف الشمس بعد تجلي الشمس، ويوم(٣).....

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١١)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٤/ ٣٢٥]، وينظر: البيان والتحصيل [٣/ ٣٣٦ و ٣٧٢].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١١)، المدونة [١/ ٥٤٩]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٣٠]، التفريع [١/ ٣٩١]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٦٣].

(٣) يوجد جزء مفقود بعد هذا الموضع، والمسائل التي بعده مثبتة من عز.

* [٩٧٩-١] ويجزُّ صوف ضحيَّته[١].

۞۞۞

*[٩٧٩-٢] ويستحبُّ له ذبح ولدها معها[٢].

۞۞۞

*[٩٧٩-٣] ومن خرج بشيءٍ يشتري ضحيَّةً، فوجد بدونه، فلا بأس بالفضل الذي فضل له، يصنع به ما شاء[٣].

۞۞۞

*[٩٧٩-٤] ويُستحبُّ للمسافر أن تكون ضحيَّته حيث يكون، ولا يأمر أهله أن يضحُّوا عنه، فإن فعل ذلك أجزأ ذلك عنه[٤].

۞۞۞

*[٩٧٩-٥] وإن ذبح رجلٌ أضحية رجلٍ بغير أمره، فلا تجزئ عنه، وهو ضامنٌ أضحيته، إلا أن يكون مثل الولد وعياله، إنَّما ذبحوها علىٰ وجه الكفاية له، فأرجو أن يجزئ عنه[٥].

۞۞۞

---

(١) عز٥/ ب، وينظر: البيان والتحصيل [٣/ ٣٣٧].
(٢) عز٥/ ب، وينظر: المدونة [١/ ٥٤٧].
(٣) عز٥/ ب.
(٤) عز٥/ ب، وينظر: النوادر والزيادات [٤/ ٣١٢].
(٥) عز٥/ ب، وقد نقل ابن عبد البر في التمهيد [٢/ ١٠٨]، هذه المسألة عن ابن عبد الحكم.

***[٩٧٩-٦] وإن أخطأ رجلان فذبح كلُّ واحدٍ منهما ضحيَّة صاحبه، فلا أرىٰ ذلك يجزئ عنهما، وكلُّ واحدٍ منهما ضامنٌ لقيمة ضحيَّة صاحبه[1].**

[٣/ ٨١/ ب] ....إذا ذبحها قبل ذلك فعليه ضمان قيمتها لصاحبها؛ لأنَّ صاحبها لو أراد الرجوع فيها كان ذلك له.

❀❀❀

[٩٨٠] مسألة: قال: وإذا اختلطت الضحايا، فلا بأس أن يصطلحوا فيها، يأخذ كلّ واحدٍ كبشًا ثمّ يضحي به، فيجزيه[2].

✍ إنّما قال ذلك، لأنَّ كلّ واحدٍ منهما:

إن كان ضحىٰ بكبشه، فقد أصاب وجه الحق.

وإن كان بكبش غيره، جاز؛ لأنَّ بدل الضحية بغيرها يجوز، ما لم يوجب بالقول أو الذبح.

❀❀❀

[٩٨١] مسألة: قال: والأيام التي يُضَحَّىٰ فيها: يوم النحر ويومان بعده.

والأيام المعلومات: أيام النحر، يوم النحر ويومان بعده.

والأيام المعدودات: أيام التشريق[3].

---

(١) عز٥/ ب، وينظر: النوادر والزيادات [٤/ ٣٢٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١١)، وقد نقل ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٤/ ٣٣١]، وينظر: التفريع [١/ ٣٩١].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١١)، المختصر الصغير، ص (٣٨٢)، وقد حكىٰ ابن العربي جزءاً من هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في أحكام القرآن [٣/ ٢٨٣]،

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿وَيَذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْلُومَـٰتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلْأَنْعَـٰمِ﴾[الحج:٢٨]، فكان ذلك في أيام النحر، وهي يوم النحر ويومان بعده.

فـرَوَىٰ مالك، عن نافع، عن ابن عمر قال: «**أَيَّامُ النَّحْرِ، يَوْمُ النَّحْرِ، وَيَوْمَانِ بَعْدَهُ**»[١].

ورَوَىٰ عبيد الله بن أبي موسىٰ[٢]، حدثنا ابن أبي ليلىٰ، عن المنهال[٣]، عن زر، عن علي رضي الله عنه قال: «**النَّحْرُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، أَفْضَلُهَا أَوَّلُهَا**»[٤].

ورَوَىٰ سفيان، عن ميسرة، عن المنهال، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس مثله[٥].

وشعبة، عن قتادة، عن أنسٍ مثله[٦].

وينظر: المدونة [١/ ٥٥٠]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٩٥)، النوادر والزيادات [٤/ ٣١٣]، التفريع [١/ ٣٨٩ و ٣٩٠].

(١) أخرجه مالك [٣/ ٦٩٥]، بلفظ: «الأضحىٰ يومان بعد يوم الأضحىٰ».

(٢) كذا هو في المخطوط: «عبيد الله بن أبي موسىٰ» وفي مصادر ترجمته: عبيد الله بن موسىٰ، وهو: عبيد الله بن موسىٰ ابن أبي المختار باذام العبسي الكوفي، ثقة كان يتشيع، من التاسعة، ينظر: التاريخ الكبير، [٥/ ٤٠١]، الجرح والتعديل [٥/ ٣٣٤]، تقريب التهذيب، ص (٦٤٥).

(٣) المنهال بن عمرو الأسدي مولاهم الكوفي، صدوق ربما وَهِمَ، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٩٧٤).

(٤) أخرجه الطحاوي في أحكام القرآن [٢/ ٢٠١].

(٥) أخرجه الطحاوي في أحكام القرآن [٢/ ٢٠٥].

(٦) أخرجه الطحاوي في أحكام القرآن [٢/ ٢٠٦].

فيوم النحر عند مالكٍ معلومٌ غير معدودٍ، وثاني النحر معدودٌ معلومٌ، وثالث النحر معدودٌ معلومٌ، ورابع النحر معدودٌ غير معلومٍ.

والدليل علىٰ أن يوم النحر معلومٌ غير معدودٍ: وقوع النحر فيه، وامتناع النفر في اليوم الذي يليه، فَعُلِم بهذا أنّه لو كان معدوداً لجاز النفر في اليوم الذي يليه؛ لأنّه الثاني من الأيام المعدودات التي قد أبيح النفر فيها، ولو لم يكن معلوماً، لَمَا جاز النحر فيه.

والذي يدل [٣/ ٨٢/ أ] علىٰ أنَّ ثاني النحر وثالثه معدودٌ معلومٌ: جواز النحر فيهما، وأنَّ النفر الأول يقع في الثاني منهما، فلو لم يكونا معدودين لَمَا جاز أن ينفر في اليوم الثاني منهما، ولو لم يكونا معلومين أيضاً، لَمَا جاز النحر فيهما؛ لأنَّ الله سبحانه وصف النحر في أيامٍ معلومات كما وصف النفر في أيامٍ معدودات، فلمّا اجتمع في ثاني النحر وثالث النحر جواز الذبح فيهما والنفر في اليوم الثاني فيهما، دلّ علىٰ أنّهما معدودان معلومان.

❀❀❀

[٩٨٢] مسألة: قال: ولا بأس بادِّخَار لحوم الضحايا[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ذلك مباحٌ ليس شيءٌ يمنع منه، وقد أباح رسول الله صلىٰ الله عليه ذلك، بعد أن كان نهىٰ عنه.

رواه مالك، عن أبي الزبير، عن جابر، عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «**كُلُوا وَادَّخِرُوا**»[٢].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٢)، المختصر الصغير، ص (٣٨٣)، مختصر أبي مصعب، ص (٢٩٦)، التفريع [١/ ٣٩٣].

(٢) أخرجه مالك [٣/ ٦٩٠]، ومن طريقه مسلم [٦/ ٨٠]، وهو في البخاري (١٧١٩)،

ورَوَىٰ مالـك، عن عبد الله بن أبي بكر، عن عمرة قالت: سـمعت عائشـة تقـول: «دَفَّ نَـاسٌ مِنْ أَهْـلِ البَادِيَةِ حَضْـرَةَ الأَضْحَىٰ فِي زَمَانِ رَسُـولُ الله ﷺ، فَقَالَ رَسُـولُ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ: ادَّخِرُوا لِثَلَاثٍ وَتَصَدَّقُوا بِمَا بَقِيَ، فَلَمَّا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ، قِيلَ لِرَسُـولِ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ: يَا رَسُولَ الله، قَدْ كَانَ النّاس يَنْتَفِعُونَ مِنْ ضَحَايَاهُمْ، وَيَجْمُلُونَ مِنْهَا الوَدَكَ، وَيَتَّخِذُونَ مِنْهَا الأَسْقِيَةَ، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: وَمَا ذَاكَ؟، أَوْ كَمَا قَالَ، قَالُوا يَا رَسُـولَ الله، قَدْ نَهَيْتَ عَنْ إِمْسَـاكِ لُحُوم الضَّحَايَا بَعْدَ ثَلَاثٍ، فَقَالَ رَسُـولُ الله ﷺ: إِنَّمَـا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَـةِ الَّتِي دَفَّتْ فيكم، فَكُلُوا، وَتَصَدَّقُوا، وَادَّخِرُوا»[١].

❁❁❁

[٩٨٣] مسـألة: قـال: ولا بأس بأخذ الشـعر وتقليم الأظفار في عشـر ذي الحجة، وترك ذلك إلىٰ أن يكون مع ضحيته أحب إلينا، وذلك واسعٌ لمن فعله[٢].

✍ إنّمـا قـال ذلـك؛ لِمَـا [٣/ ٨٢/ ب] رواه مالك، عن عمرو بن مسـلم[٣]، عن سـعيد بن المسـيب، عن أبي سـلمة[٤]: أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «إِذَا دَخَلَ العَشْرُ وَأَرَادَ أَحَدُكُـمْ أَنْ يُضَحِّيَ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْ شَـعْرِهِ وَلَا مِنْ ظُفُرِهِ شَـيْئًا»[٥]، فلهذا اسـتحب

من غير طريق مالك، وفي التحفة [٢/ ٣٤٣].

(١) أخرجه مالك [٣/ ٦٩١]، ومن طريقه مسلم [٦/ ٨٠]، وهو في التحفة [١٣/ ٢٦٦].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٢).

(٣) عمرو بـن مسـلم بن عمارة بن أكيمة الليثـي المدني، صدوق، من السادسـة. تقريب التهذيب، ص (٧٤٥).

(٤) قوله: «أبي سلمة»، كذا في شب، وفي مصادر التخريج: «أم سلمة».

(٥) لـم أقـف عليه في المطبوع مـن الموطأ برواية يحيىٰ الليثي، وقد قـال ابن عبد البر في

مالكٌ أن لا يأخذ منه شيئًا حتىٰ يضحي، فإن فعل ذلك لم يكن عليه شيءٌ؛ لأنَّ ذلك مباحٌ له.

ألا ترىٰ: أنّه لو أوجب هديًا فقلده وأشعره وهو حلالٌ لم يكن عليه أن يمتنع من أخذ ظفره وشعره، وكذلك فعل النبيُّ ﷺ[١]، وهو في الأضحية أولىٰ؛ لأنّها أضعف سببًا من الهدي، والله أعلم[٢].



الاستذكار [١١/ ١٨٥]: «ورواه القعنبي، وأبو مصعب، وأبو بكير عن مالك، وقد ذكرنا الأسانيد عنهم في غير هذا الموضع إلّا أنّه ليس عند أكثر رواة «الموطأ»، والحديث أخرجه مسلم [٦/ ٨٣]، من طريق عبد الرحمن بن حميد بن عبد الرحمن بن عوف، عن سعيد به»، وهو في التحفة [١٣/ ٥].

(١) أخرجه مالك [٣/ ٤٩٢]، ومن طريقه البخاري (٢٣١٧)، ومسلم [٤/ ٩٠]، من طريق عمرة بنت عبد الرحمن: «أنَّ زياد بن أبي سفيان كتب إلىٰ عائشة زوج النبيِّ ﷺ: أنَّ عبد الله بن عباس قال: من أهدىٰ هديًا حرم عليه ما يحرم علىٰ الحاج حتىٰ ينحر الهدي، وقد بعثت بهدي، فاكتبي إليَّ بأمرك أو مري صاحب الهدي، قالت عمرة: فقالت عائشة: ليس كما قال ابن عباس، أنا فتلت قلائد هدي رسول الله ﷺ بيدي، ثمّ قلدها رسول الله ﷺ بيده، ثمّ بعث بها رسول الله ﷺ مع أبي، فلم يحرم علىٰ رسول الله ﷺ شيء أحلَّه الله له حتىٰ نحر الهدي»، وهو في التحفة [١٢/ ٤٠٩].

(٢) نقل الباجي في المنتقىٰ [٣/ ٩٠] عن الأبهري: «أنّه يستحب لمن أراد أن يضحي إذا رأىٰ هلال ذي الحجة أن لا يقص من شعره ولا يقلم أظفاره حتىٰ يضحي».

كتاب العقيقة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

[٩٨٤] **قلت: أرأيت العقيقة، كيف هي؟، وما يجوز فيها؟، وهل هي واجبةٌ؟**

قال: العقيقة ليست بواجبةٍ، ولكنها يستحب العمل بها، فمن عقَّ عن ولده فليعق بشاةٍ شاةٍ عن الذكر والأنثىٰ، ولا يجمع بين اثنين في شاةٍ(١).

✍ إنّما قال: «إنَّ العقيقة ليست بواجبةٍ»؛ لِمَا رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ: «**أنّه سُئِلَ عَنِ العَقِيقَةِ؟، فَقَالَ: لا أُحِبُّ العُقُوقَ، وَكَأَنَّهُ كَرِهَ الاسْمَ، وَقَالَ: مَنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ فَأَحَبَّ أَنْ يَنْسُكَ عَنْ وَلَدِهِ فَلْيَفْعَلْ**».

رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال: «**سُئِلَ رَسُولُ الله ﷺ عَنِ العَقِيقَةِ**»(٢).

وقوله: «وليعق بشاةٍ شاةٍ عن الذكر والأنثىٰ»؛ فلأنَّ العقيقة سنةٌ، فيجب أن

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٣)، المختصر الصغير، ص (٣٨٤)، الموطأ [٣/ ٧١٧]، المدونة [١/ ٣٩٧]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٠)، التفريع [١/ ٣٩٥]، النوادر والزيادات [٤/ ٤٣٢]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٨٤ و ٣٩٢].

(٢) أخرجه أبو داود [٣/ ٣٨١]، والنسائي في الكبرىٰ [٤/ ٣٦٨]، وهو في التحفة [٦/ ٣١٢].

تكون عن الأنثىٰ كهي عن الذكر، إذ لا فصل بين الذكر والأنثىٰ في السنن، وكما لا فصل بينهما في الهدايا والضحايا، فكذلك العقيقة مثلها؛ لأنّها نسكٌ مسنونٌ.

وقوله: «لا يجمع بين اثنين في شاةٍ؛» فلأنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه عق عن الحسن والحسين عليهما السلام، عن كلّ واحدٍ منهما بشاةٍ.

رواه عبد الوارث، قال: حدثنا أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباسٍ: «**أَنَّ رَسُولَ الله** ﷺ [٣/ ٨٤/أ] **عَقَّ عَنِ الحَسَنِ وَالحُسَيْنِ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ كَبْشًا كَبْشًا**»(١).

❀❀❀

[٩٨٥] مسألة: قال: ويُتَّقَىٰ فيها من العيوب ما يُتَّقَىٰ في الضحايا، ويجوز فيها من الأسنان ما يجوز فيها، ولا يباع لحمها ولا أهبها، ولا بأس بكسر عظامها، ويأكل أهلها منها، ولا يُمَس الصبيُّ بشيءٍ من دمها(٢).

✍ إنّما قال: «إنه يُتَّقَىٰ فيها من العيوب كما يتقىٰ من الضحايا والهدايا»؛ لاجتماعهما في أنهما نسكٌ يُتَقرب به إلىٰ الله تعالىٰ، فلا يجوز أن يكون في ذلك عيبٌ.

وكذلك يجب أن يكون سنها كسن الأضحية والهدي لهذا المعنىٰ.

---

(١) أخرجه أبو داود[٣/ ٣٨٠]، والنسائي في الكبرىٰ[٤/ ٣٧٢]، وهو في التحفة [٥/ ١١٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٣)، المختصر الصغير، ص (٣٨٤)، الموطأ[٣/ ٧١٨]، المدونة[١/ ٥٥٤]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٠٠)، التفريع [١/ ٣٩٥]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٣٤].

ولا يباع شيءٌ من لحمها؛ لأنَّ ذلك نسكٌ قُرَّبَ كالهدي والأضحية، وقد قال رسول الله ﷺ في الهدي: «لَا يُعْطَىٰ الجَازِرُ مِنْهُ شَيْئًا»(١)؛ لأنّه لا يجوز بيع ما قد أخرجه لله تعالىٰ ولا الرجوع فيه.

وقوله: «ولا بأس بكسر عظامها»؛ فلأنَّ ذلك مباحٌ.

فكذلك أكل أهلها منها مباحٌ، كأكلهم من الضحية والهدي، وقد أكل النبيُّ صلىٰ الله عليه من الهدي والضحية(٢)، وقال: «كُلُوا وَادَّخِرُوا»(٣) في الضحايا، والعقيقة مثله.

وقوله: «ولا يُمَسُّ الصبي بشيءٍ من دمها»؛ فلأنَّ ذلك ينجسه، وليس لِمَسِّهِ بالدم أصلٌ يوجب ذلك.

❀❀❀

[٩٨٦] مسألة: قال: ولا يُعَقُّ بشيءٍ من الطير ولا الوحش(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ العقيقة نسك قربةٍ، كالهدي والضحية، وإنما يكون ذلك من بهيمة الأنعام، قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ﴾ [الحج:٣٦]، وقال سبحانه: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة ٩٦٧ .

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة ٩٧٣ .

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة ٩٨٢ .

(٤) المختصر الكبير، ص (٢١٣)، وقد نقل الباجي هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في المنتقىٰ [١/ ٥٥٤]، وينظر: المدونة [١/ ٣٩٧]، النوادر والزيادات [٤/ ٤٣٣].

ٱلۡكَعۡبَةِ﴾[المائدة:٩٥]، وكذلك أهدىٰ النبيُّ ﷺ الإبل[١]، وضحَّىٰ وعق بالغنم[٢]، لا بالوحش ولا بشيءٍ من الطير، ولا خلاف في ذلك نعلمه.

❀❀❀

[٩٨٧] مسألة: قال: وإنما تكون [٣/ ٨٤/ ب] **العقيقة يوم السابع، فإن غفل عن ذلك أو فرَّطَ فيه، فلا بأس ما بينه وبين السبع الثاني.**

وقد قيل: إذا مضىٰ السابع فلا عقيقة، والأول أعجب إلينا[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ عق يوم السابع وأمر بذلك.

فرَوَىٰ سعيد، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، عن نبي الله صلىٰ الله عليه قال: «**يُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ سَابِعِهِ**»[٤].

ورَوَىٰ عباد، عن ابن إسحاق، عن عمرو بن شعيب: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِالعَقِيقَةِ يَوْمِ سَابِعِ المَوْلُودِ وَتَسْمِيَتِهِ**»[٥].

فإذا مضىٰ يوم السابع فلا عقيقة بعد ذلك؛ لذهاب وقتها، كما لا تكون الأضحية إذا ذهب وقتها.

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة ٩٦٧ .

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة ٩٦٣ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٣)، المختصر الصغير، ص (٣٨٥)، التفريع [١/ ٣٩٥]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٣٤]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٩١ و ٣٩٢].

(٤) أخرجه أبو داود [٣/ ٣٧٨]، والترمذي [٣/ ١٨١]، وابن ماجه [٤/ ٣٣٦]، والنسائي في الكبرىٰ [٤/ ٣٧٢]، وهو في التحفة [٤/ ٦٣].

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة [١٢/ ٣٢٦].

ووجـه قوله: «إنه يعق ما بينه وبين السـبع الثاني»؛ فلأن ذلك متقاربٌ، وقد يجوز أن تتعذر عليهم العقيقة في السُّـبوع الأول فيجدوها في السُّبوع الثاني، فإن لم يمكنهم فيه لم يجز بعد ذلك.

وهذا هو ضرب من الاستحسـان، وأمّا القياس، فإنها لا تجوز بعد السُّـبوع الأول؛ لذهاب وقتها الذي جعلها النبيُّ ﷺ فيه(١).

❀❀❀

[٩٨٨] مسـألة: قال: وإنما يَحْسِـب السـابع من اليوم الذي قـد مضىٰ قبله ليلٌ، وذلك أن يولد الصبي وقد بقي من الليل شـيءٌ قبل الفجر، فذلك اليوم الذي يحسـب، فإن ولد بعد الفجر ألغىٰ ذلك اليوم وأحصىٰ من الليلة التي تأتي سـبعًا، ثمّ يعق عنه في اليوم السابع.

ويُسَمَّىٰ حين يُعَقُّ عنه، ولا يُعَقُّ عن كبيرٍ(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ للحاجة إلىٰ اسـتكمال السـبعة الأيام من يوم ولد؛ ليعق بعـد مضيها، فإذا مضىٰ بعض يومٍ لم يحسـب ذلك اليوم وحسـب من الليلة التي تأتي.

وقوله: «ويسمىٰ في اليوم السابع»، فكذلك رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ.

---

(١) نقل الباجي هذا الاختيار عن الأبهري في المنتقىٰ [٣/ ١٠٢].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٣)، المختصـر الصغير، ص (٣٨٥)، التفريع [١/ ٣٩٥]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٣٤]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٩١].

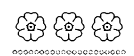
رواه ابن أبي عدي[(١)]، عن سعيد، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة بن جندب، أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه قال: «**كُلُّ غُلَامٍ رهينة بِعَقِيقَتِهِ، يُذْبَحُ عَنْهُ يَوْمَ السَّابِعِ، وَيُحْلَقُ رَأْسُهُ وَيُسَمَّىٰ**»[(٢)].

[٣/٨٣/أ] وقوله: «إنَّه لا يُعَقُّ عن كبيرٍ»؛ فلأن العقيقة إنّما تكون يوم السابع، فإذا مضىٰ ذلك اليوم فقد مضىٰ وقتها، كالأضحية إذا مضت أيامها لم يجز أن يضحي في غيرها، فكذلك العقيقة مثل ذلك.

❀❀❀

[٩٨٩] مسألة: قال: ويذبح العقيقة في صدر النهار، ولا يعق بليلٍ[(٣)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ العقيقة نسك قربةٍ إلىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ كالهدي والأضحية، فلا يجوز ذبح ذلك بالليل، وقد ذكرنا ذلك في الأضحية[(٤)].



[٩٩٠] مسألة: قال: ومن مات قبل السابع، فلا عقيقة عليه[(٥)].

---

(١) محمد بن إبراهيم بن أبي عدي البصري، ثقة، من التاسعة. تقريب التهذيب، ص (٨٢٠).

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٩٨٧ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٦١٣)، المختصر الصغير، ص (٣٨٦)، التفريع [١/ ٣٩٥]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٣٣]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٨٧و ٣٩٦].

(٤) ينظر المسألة رقم ٩٧٢ .

(٥) المختصر الكبير، ص (٢١٣)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٣٥]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٩٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّه لمّا مات قبل مجيء وقتها لم يعق عنه، كما يموت قبل يوم الأضحىٰ فلا أضحيةَ عليه.

❀❀❀

[٩٩١] مسألة: قال: ولا بأس أن يُطْعِمَ من العقيقة نيًا ومطبوخًا، كلّ ذلك واسعٌ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال في البدن: ﴿فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ﴾ [الحج:٢٨]، وهذا من الهدي، وقال النبيُّ صلىٰ الله عليه في الأضحية: «**كُلُوا وَادَّخِرُوا**»(٢)، وعليه أن يطعم منها، فكيف أطعم جاز، نيًا أو مطبوخًا.

❀❀❀

[٩٩٢] مسألة: قال: ويعق عن اليتيم إذا كانت له سعةٌ(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ العقيقة سنةٌ، فيُحَبُّ أن يَفْعَل ذلك بالصبي، كما يضحي عنه ويخرج عنه زكاة المال وزكاة الفطر، ويجوز أن يحج به إذا كان صغيراً.

❀❀❀

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٤)، [٦/ ٣٩٣]، التفريع [١/ ٣٩٥].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة ٩٨٢ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٤)، وقد نقل ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٤/ ٣٣٥].

[٩٩٣] مسألة: قال: ولا يجز صوف العقيقة[١].

✍ يعني: فيباع، ولكن ينتفع به، كما يعمل ذلك في الضحايا والهدي؛ لأنّه قد أخرجها لله عَزَّ وَجَلَّ، فلا يجوز له بيع ذلك والرجوع فيه.

❀❀❀

[٩٩٤] مسألة: قال: ولا نرىٰ أن يُخْتَنَ الصبي يوم سابعه، ونرىٰ أن يختن إذا أُدِّبَ علىٰ الصلاة.

والختان من الفطرة[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ وقت الختانة إنّما هي إذا أُدِّبَ علىٰ الصلاة وأُمِرَ بها؛ لأنَّها طهرة، فيستحب أن تكون [٣/٨٣/ب] وقت أَمْرِهِ بالصلاة؛ لأنّه يؤدبه ذلك إذا كان صغيراً.

ويشبه ذلك أيضاً فعل اليهود؛ لأنهم يختنون أولادهم في حال الولادة وما قارب منها.

❀❀❀

[٩٩٥] مسألة: قال: وليس علىٰ النّاس حلاق رأس الصبي والتصدق بوزنه فضةً ولا ذهبًا، ومن فعل ذلك فلا بأس به إن شاء الله[٣].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٤)، التفريع [١/ ٣٩٦].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٤)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٣٦].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٤)، المختصر الصغير، ص (٣٨٧)، التفريع [١/ ٣٩٦]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٣٥]، البيان والتحصيل [٣/ ٣٨٥].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ وجوب ذلك لم يثبت بكتابٍ ولا سنةٍ.

وفعله جائزٌ؛ لأنَّ ذلك فعل خيرٍ ومعروفٍ.

وقد رَوَىٰ سليمان بن بلال[1]، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده، عن فاطمة عليهم السلام: «**أَنَّهَا حَلَقَتْ رَأْسَ الحَسَنِ وَالحُسَيْنِ، وَوَزَنَتْ شَعْرَهُمَا، ثُمَّ تَصَدَّقَتْ بِوَزْنِهِ فِضَّةً**»[2].



---

(١) سليمان بن بلال التيمي مولاهم المدني، ثقة، من الثامنة. تقريب التهذيب، ص (٤٠٥).

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل، ص (٤٣٢).

كتاب الصَّيد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

[٩٩٦] قلت: أرأيت الصيد، أيؤكل منه ما أصبته بسهك وسيفك ورمحك؟

فقال: نعم، يؤكل ذلك كله، وإن لم تُدْرَكْ ذَكَاتُهُ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ جعل ذكاة الممتنع من الصيد كيف ما قدر عليه الإنسان، وجعل ذكاة المقدور عليه من الصيد وبهيمة الأنعام في الحلق أو اللَّبَّةِ(٢)، فقال عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَيَبْلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَىْءٍ مِّنَ ٱلصَّيْدِ تَنَالُهُۥٓ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ ﴾[المائدة:٩٤]، وقال تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾[المائدة:٤]، وقال النبيُّ ﷺ لعدي بن حاتم(٣): «**كُلْ مَا رَدَّتْ عَلَيْكَ قَوْسُكَ**»(٤)، فأباحنا الله تعالىٰ ورسوله صلىٰ الله عليه أكل ما قدرنا

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٥)، المختصر الصغير، ص (٣٨٨).

(٢) قوله: «واللَّبَّة»، هي الحفرة التي في الصدر في أصل العنق، ينظر: التاج والإكليل [٤/ ٣١١].

(٣) قوله: «لعدي بن حاتم»، كذا في المخطوط، ولعلَّ الصواب: «لأبي ثعلبة الخشني»، فإن هذا اللفظ محفوظ من حديث أبي ثعلبة، كما في مصادر التخريج.

(٤) حديث عدي بن حاتم مشهور، تكرر في الصحاح والسنن وغيرها، وهذا اللفظ أخرجه أبو داود [٣/ ٣٨٨]، وهو في الصحيحين: البخاري (٥٤٧٨)، مسلم [٦/ ٥٨]، وسيتكرَّر ذكره في الشرح مرات عديدة، وهو في التحفة [٩/ ١٣٥].

علىٰ قتله من الصيد كيف أمكننا ذلك، وإذا زاد امتناعه، وجب علينا ذكاة المقدور عليه من بهيمة الأنعام والطير.

❀❀❀

[٩٩٧] مسألة: قال: وما قتل المِعْرَاضُ[١]:

⇦ فإن خَسَقَ[٢] فكل.

⇦ وإن أصاب بعرضه، فلا تأكل إلّا أن تدرك ذكاته[٣].

✍ **إنّما قال ذلك** [٣/٨٦/أ] **لأنّه إذا خَسَقَ فقد جرح، فصار ذلك بمنزلة ما قتله السهم والكلب.**

وإذا قتل بعرضه، صار وقيذاً، فلا يجوز أكله، لنهي الله عَزَّ وَجَلَّ عن أكل الموقوذة[٤].

---

(١) قوله: «المِعْرَاضُ»، هو عصا في طرفها حديدة، يرمي الصائد بها الصيد، فما أصاب بحده فهو وجه ذكاته فإنّه يؤكل، وما أصاب بعرضه فإنّه وقيذ فلا يؤكل إلّا أن تدرك ذكاته، ينظر: المنتقىٰ للباجي [٣/ ١٢٠].

(٢) قوله: «خَسَقَ»، هو الثقب والنفاذ، وخسق السهم الرمية: إذا نفذ منها وتعلق، ينظر: المصباح المنير [١/ ١٦٩].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٥)، المختصر الصغير، ص (٣٨٨)، المدونة [١/ ٥٣٩]، مختصر أبي مصعب، ص (٢٩٧)، التفريع [١/ ٣٩٧]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٥].

(٤) كما في قوله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ

وقد رَوَىٰ ابن وهبٍ، قال أخبرني سفيان الثوري والحارث بن نبهان(١)، عن منصور بن المعتمر، عن النخعي، عن همام بن الحارث(٢)، عن عدي بن حاتم أنّه قال: «**سَأَلْتُ رسول الله ﷺ عَنِ المِعْرَاضِ، فَقَالَ رَسُولُ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ: إِذَا رَمَيْتَ فَسَمَّيْتَ فَخَرَقَ فَكُلْ وَإِنْ قَتَلَ، وَإِذَا أَصَبْتَ بِعَرْضِهِ فَقَتَلَ، فَلَا تَأْكُلْ**»(٣).

وهذا قول ابن عباس، وعطاء، ومكحول، وسالم، والقاسم، قال مالك: «وبلغني أنَّ عبد الله بن عمر قال ذلك»(٤).

فأمّا إذا ذكاه فلا بأس بأكله، وذلك بمنزلة ما يقدر علىٰ الصيد فيذكيه، فيجوز له أكله.

❀❀❀

[٩٩٨] مسألة: قال: وما أَصَابَ الحَجَرُ أو البندقَةُ أو العصا فلا تأكله، إلّا أن تُدْرِكَ ذكاتَهُ(٥).

وَٱخْشَوْنِۚ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًاۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣].

(١) الحارث بن نبهان الجَرمي البصري، متروك، من الثامنة. تقريب التهذيب، ص (٢١٤).

(٢) همام بن الحارث بن قيس بن عمرو النخعي الكوفي، ثقة عابد، من الثانية. تقريب التهذيب، ص (١٠٢٤).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ [٩/ ٢١٤] من طريق ابن وهب، به.

(٤) لم أقف عليه.

(٥) المختصر الكبير، ص (٢١٥)، المدونة [١/ ٥٣٩]، مختصر أبي مصعب، ص (٢٩٧)، التفريع [١/ ٣٩٧]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٥].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذه الأشياء كلها لا تجرح، وإنما توقذ أو ترض، ولا يجوز أكل الموقوذة لِمَا ذكرناه.

❁❁❁

[٩٩٩] مسألة: قال: وما قتلته الحِبَالة فلا تأكله، إلّا أن تدرك ذكاته[1].

✍ يعني بالحبالة: الشرك؛ لأنّها بمنزلة الخنق، وكذلك إن كان فيها خشبٌ أو حديدٌ فلا يؤكل إلّا أن يذكيه؛ لأنَّ صاحبه لا يعلم وقت وقوعه وجرحه فيقصد ذبحه.

وليس هذا بمنزلة السهم إذا رماه والكلب إذا أرسله؛ لأنَّ قصده للذكاة مقرونٌ بالإرسال.

❁❁❁

[١٠٠٠] مسألة قال: وما أصادت الكلاب والفهود والبزاة والصقور المعلمة، فلا بأس بأكله، أُدرِكَتَ ذكاتُه أو لم تُدرك ذكاته[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّها من الجوارح التي أباح الله سبحانه أكل صيدها بقوله تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٥)، المختصر الصغير، ص (٣٨٩)، المدونة [١/ ٥٣٦]، التفريع [١/ ٣٩٧].

(٢) يعني: إذا أنفذت الكلاب أو البزاة مقاتله، والله أعلم، وينظر: المختصر الكبير، ص (٢١٥)، المختصر الصغير، ص (٣٩٠)، المدونة [١/ ٥٣٣-٥٣٤]، مختصر أبي مصعب، ص (٢٩٨)، التفريع [١/ ٣٩٨].

عَلَيۡكُمۡ ﴾ [المائدة:٤]، وهذا عامٌّ في كلِّ جارحٍ وكلبٍ إذا عَلِمَ وفَقِهَ الإرسال [٣/٨٦/ب] والنهي، وقَبْلَ ذلك إذا أُمِر ونُهي.

وكذلك قال النبيُّ ﷺ لعدي بن حاتم: «**كُلْ مَا أَرْسَلْتَ عَلَيْهِ كَلْبَكَ إِذَا سَمَّيْتَ**»(١)، هذا معنىٰ الحديث.

وقال ﷺ: «**كُلْ مَا رَدَّتْ عَلَيْكَ قَوْسُكَ**»(٢).

رَوَىٰ جرير، عن منصور، عن إبراهيم، عن همام، عن عدي بن حاتم قال: «**سَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ، قُلْتُ: إِنِّي أُرْسِلُ الكِلَابَ المُعَلَّمَةَ فَتُمْسِكُ عَلَيْنَا، أَنَأْكُلُ؟، قَالَ: إِذَا أَرْسَلْتَ الكِلَابَ المُعَلَّمَةَ فَذَكَرْتَ اسْمَ الله فَكُلْ**»(٣).

❁❁❁

[١٠٠١] مسألة: قال: وما أدرَكْتَهُ(٤) حيًّا في أفواه الكلاب أو مخالب البازي فلم يخلصه وهو يقدر علىٰ ذكاته ففرَّط فيه، فلا يأكله.

وإن كان لم يمكنه ذلك أو وجد الكلب أو البازي قد أنفذ مقاتله وإن مات، فلا بأس بأكله وإن لم يذكه(٥).

---

(١) متفق عليه: البخاري (٥٤٧٦)، مسلم [٦/ ٥٦]، وهو في التحفة [٧/ ٢٧٨].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة ٩٩٦ .

(٣) أخرجه مسلم [٦/ ٥٦] بهذا الإسناد.

(٤) قوله: «أدركته»، كذا في شب، ولعلها: أدركه، كما يدل عليها سياق الكلام، ونحوه في النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٤].

(٥) المختصر الكبير، ص (٢١٦)، المدونة [١/ ٥٣٣]، مختصر أبي مصعب، ص (٢٩٩)، التفريع [١/ ٣٩٨]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٤].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنّـه إذا قدر علىٰ تذكية الصيد في الحلـق واللَّبَّةِ بزوال امتناعـه، ثمّ لـم يفعل ذلك، لم يجز له أكله؛ لأنَّ ذكاته فـي غير هذا الموضع إنّما هي إذا كان ممتنعـًا.

فأمّا إذا كان مقدوراً عليه فهي في الحلق واللَّبَّةِ؛ بدلالة أنَّ ذكاة المتأنس من الصيد هي كذلك، وكذلك ذكاة بهيمة الأنعام.

فأمّا إذا كان الكلب أو البازي قد أنفذ مقاتله، جاز له أن يأكله وإن لم يذكه؛ لأنّـه قد صار في معنىٰ المذبوح إذا أنفـذت مقاتله، فلا معنىٰ لتذكيته كذلك؛ لأنّه كأنه قد مات بفعل الجارح، وذلك ذكاته.

ألا ترىٰ: أنَّ شاةً أو غيرها لو شُقَّ جوفها وأُخْرِجَتْ حشوتها لم يجز ذكاتها وأكلها بعد ذلك؛ لأنّها في معنىٰ الميتة.

وكذلك لو أن رجلاً فعل ذلك برجلٍ ثمّ ضرب رقبته آخر لكان الأول القاتل دون الثاني؛ لأنّه لا بقاء له مع إخراج حشوته وهو ميتٌ عن قربٍ لا محالة.

❁❁❁

[١٠٠٢] مسـألة [٣/ ٨٥/أ] **قال: وكلُّ ما أرسلته من كلبٍ أو بازي علىٰ صيدٍ فقتله، فكله وإن غاب عنك مصرعه، ما لم يَبِتْ، فإن بات فلا تأكله**(١).

✍ إنّما قال: «إنه لا يأكله إذا بات عنه»؛ لجواز أن تكون الهوام قتلته بالليل؛ لأنّها تظهر فيه، فأمّا النهار فإن الصيد يمتنع ويحترز منها.

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢١٥)، المختصر الصغير، ص (٣٩٠)، المدونة [١/ ٥٣٢]، مختصر أبي مصعب، ص (٢٩٨)، التفريع [١/ ٣٩٨]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٣].

وإذا كان كذلك، جاز أكله إذا وجده بالنهار مقتولاً؛ لأنَّ كلبه أو سهمه قتله في الأغلب، وذلك ذكاته علىٰ ما بيَّنَّاه.

وقد رَوَىٰ ابن وهب، قال: أخبرني ابن جريج، عن قيس بن مسلم[1]: «**أَنَّ رَجُلاً أَهْدَىٰ لِرَسُولِ الله ﷺ ظَبْيَاً، فَقَالَ: إِنِّي رَمَيْتُ يَا رَسُولَ الله، ثُمَّ اتَّبَعْتُهُ الغَدَّ فَوَجَدْتُ سَهْمِي فِيهِ أَعْرِفُهُ، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: لا آكُلُهُ، لا أَدْرِي أَهَوَامُ الأَرْضِ، لَوْ أَعْلَمُ أَنَّ سَهْمَكَ قَتَلَهُ لأَكَلْتُهُ**»[2].

وَأَخْبَرَنِي الحَارِثُ بن التَّيهَان[3]، عَنْ سُلَيْمَانَ بن عَمْرٍو[4]، عَنْ مَكْحُولٍ

---

(١) قيس بن مسلم الجَدلي الكوفي، ثقة رُمِيَ بالإرجاء، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٨٠٦).

(٢) لم أقف عليه بهذا الإسناد، وقد أخرجه عبد الرزاق [٤/ ٤٦١]، عن ابن عيينة، عن عبد الكريم بن أبي المخارق، عن قيس بن أسلم، عن الحسن بن محمد بن علي، عن عائشة: «أن رجلاً أتىٰ النبيَّ ﷺ بظبي قد أصابه بالأمس وهو ميت، فقال: يا رسول الله عرفت فيه سهمي وقد رميته بالأمس، فقال: لو أعلم أن سهمك قتله أكلته، ولكن لا أدري هوام الليل كثيرة، ولو أعلم أن سهمك قتله أكلته».
وأخرج عبد الرزاق [٤/ ٤٦٠] عن معمر، عن عبد الكريم الجزري، عن زياد بن أبي مريم قال: «أتىٰ رجل إلىٰ النبيِّ ﷺ فقال: يا رسول الله، رميت صيداً فتغيب عني ليلة، فقال النبيُّ ﷺ: إنَّ هوام الليل كثيرة».

(٣) قوله: «التَّيهَان»، كذا في المخطوط، وفي مصادر ترجمته: «النبهان»، وهو: الحارث بن نبهان الجرمي البصري، متروك، من الثامنة، ينظر: التاريخ الكبير [٢/ ٢٨٤]، الجرح والتعديل [٣/ ٩١]، تقريب التهذيب، ص (٢١٤).

(٤) لم أعرفه.

بِذَلِكَ، إِلَّا أَنَّه قَالَ: «قَدْ قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: **لَوْ أَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يُعِنْ عَلَىٰ حَتْفِهِ دَوَابُّ المَغَارِ، لَأَمَرْتُكَ بِأَكْلِهِ**»[1].

❀❀❀

[١٠٠٣] مسألة: قال: وكلّ ما أرسلت عليه كلبك أو بازك فشركه فيه كلبٌ غير مُعَلَّمٍ أو بازي غير معلمٍ، فلا تأكله إلّا أن تدرك ذكاته، إلّا أن يكون كلبك أو بازك أنفذ مقاتله، فإن كان أنفذ مقاتله قبل أن يشركه فيه غيره، فلا بأس حينئذٍ بأكله[2].

✍ إنّما قال: «إنه لا يأكل الصيد الذي شركه في قتله غير كلبه»؛ فلأنه لو انفرد غير كلبه فقتله لم يجز له أن يأكله؛ لأنّه لم يرسله هو، وإنما يجوز له أن يأكل صيد الكلب الذي أرسله هو دون غيره.

وكذلك إذا شارك كلبَهُ كلبٌ غيره، لم يجز له أكله.

ألا ترىٰ: أنَّ المجوسي لو انفرد بالتذكية، لم يجز أكل ما ذكاه، وكذلك لو شارك [٣/ ٨٥/ب] مسلمًا في التذكية، لم يجز أكلها؛ لوجوب غلبة التحريم علىٰ التحليل، كما لو اختلط لحم ميتةٍ بلحم مذكاةٍ، فلم يُعْرَفْ لم يجز أكل ذلك كله، وكذلك هذا في التذكية، يُغَلَّب التحريم علىٰ التحليل.

---

(١) ذكره ابن حزم في المحلىٰ [٧/ ٤٦٤]، وقال: «مرسل، وفيه الحارث بن نبهان وهو ضعيف».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٥)، المدونة [١/ ٥٣٥]، مختصر أبي مصعب، ص (٢٩٨)، التفريع [١/ ٣٩٨].

فأمّا إذا أنفذ كلبه مقاتله، ثمّ شاركه غيره، جاز أكله؛ لانفراد كلبه بقتله، لأنَّ الحياة التي فيه لا حكم لها بعد إنفاذ مقتلها، كما لو أجاز على شاةٍ، ثمّ أخرج حشوتها بعد ذلك وهي حيةٌ، لم يحرمها ذلك.

وقد رَوَىٰ جرير، عن منصور، عن إبراهيم، عن همام، عن عدي بن حاتم، أنَّ رسول الله ﷺ قال له: «**إِذَا أَرْسَلْتَ الكِلَابَ المُعَلَّمَةَ، وَذَكَرْتَ اسْمَ الله تَعَالَىٰ، فَكُلْ مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكَ، قُلْتُ: وَإِنْ قَتَلْنَ؟، قَالَ: وَإِنْ قَتَلْنَ، مَا لَمْ يَشْرَكْهَا كَلْبٌ لَيْسَ مِنْهَا**»[1].

❀❀❀

[١٠٠٤] مسألة: قال: وكلّ ما رميته بسهمك أو أرسلت كلبك من صيدٍ فخرَّ في ماءٍ أو تردَّىٰ من جبلٍ، فلا تأكله، إلّا أن يكون سهمك أو كلبك قد أنفذ مقاتله، فلا بأس بأكله وإن تردىٰ أو مات غرقًا.

وكذلك الذبيحة تذبح فَيُجَازُ عليها، فلا يضرها ما كان به آخر موتها[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ تردِّيه من جبلٍ وسقوطه في الماء قد أعانا علىٰ قتله مع كلبه الذي أرسله، فلا يجوز أكل ذلك؛ لأنَّ التردِّي أو الغرق لو انفردا، لم يجز أكله، فكذلك إذا شارك أحدهما كلبه في قتل الصيد، لم يجز أكله كما ذكرنا ذلك في مشاركة كَلْبٍ غير كلبه في قتل الصيد.

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة ١٠٠٠ .

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٥)، المختصر الصغير، ص (٣٩٠)، المدونة [١/ ٥٣٨]، التفريع [١/ ٣٩٨]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٥].

فأمّا إذا أنفذ مقاتله فلا بأس بذلك وإن تردىٰ أو إن غرق، كما لو أجاز علىٰ الذبيحة، ثمّ غرقت أو تردَّت، وكما شارك كَلْبَهُ كلبٌ غيره بعد إنفاذ كلبه قتل الصيد، فلا يضره؛ لأنّ ما بقي من حياته بعد إنفاذ مقاتله، لا حكم له علىٰ ما ذكرناه.

❀❀❀

[٣/ ٨٧/أ] **[١٠٠٥] مسألة: قال: ومن مر به طيرٌ أو صيدٌ فقتلهما علىٰ غير وجه الاصطياد لهما، فلا يأكلهما؛ لأنّه لم يرد ذكاتهما**(١).

✍ قد ذكر مالكٌ علة منع أكله، قال: لأنّه لم يرد ذكاتهما؛ لأنَّ الذكاة فعل قربةٍ، وهي استباحة أكل شيءٍ كان محظوراً قبله، فليس يصح بغير نية؛ لأنَّ الأعمال بالنيات، كما قال رسول الله ﷺ(٢)، والذكاة فعلٌ من أعمال القربة، ولا يصح إلّا بنيةٍ.

ألا ترىٰ: أنَّ ذكاة من لا يعقل كالسكران والمجنون غير جائزٍ؛ لأنهما ممن لا تصح نيتهما.

❀❀❀

[١٠٠٦] مسألة: قال: وإذا ضرب الرّجل الصيد فقطع رأسه أو خزل وسطه، فلا بأس بأكله.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٦).

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة ٨٩٩ .

وإن أبان يده أو رجله أو قطعةً منه، فلا يؤكل ما بان، ويؤكل سائر جسده[١].

✍ إنّما قال ذلك لأنّه لا يبقىٰ مع قطع رأسه وخزل وسطه، فلا بأس بأكله؛ لأنَّ هذه ذكاة غير المقدور عليه.

ولا يأكل ما أبان منه، فصار ما قطع منه مما يجوز بقاؤه مع قطعه، بمنزلة ما قُطِعَ من حي فهو ميتٌ، كما قال رسول الله ﷺ: «**مَا قُطِعَ مِنْ حَيٍّ فَهُوَ مَيِّتٌ**»[٢].

فأمّا ما لا يجوز بقاؤه مع قطعه فإنّه يجوز أكله كله؛ بدلالة أنّه يجوز أكله كله إذا قطع رأسه، فكذلك كلّ ما قطع منه بهذه المنزلة في جواز أكله إذا لم يتوهَّم بقاءَه مع قطعه.

❀❀❀

[١٠٠٧] مسألة: قال: ومن أرسل كلبه أو بازه فليسم، فإن نسي فلا شيء عليه[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿فَكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ﴾ [الأنعام:١١٨]، وقال: ﴿وَلَا تَأۡكُلُواْ مِمَّا لَمۡ يُذۡكَرِ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ﴾ [الأنعام:١٢١]، وهذا في الذكاة والتسمية جميعًا.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٦)، المدونة [١/ ٥٣٥]، التفريع [١/ ٣٩٨]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٦].

(٢) أخرجه أبو داود [٣/ ٣٨٩]، والترمذي [٣/ ١٤٥]، وهو في التحفة [٥/ ٣٤٩].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٦)، المختصر الصغير، ص (٣٩١)، المدونة [١/ ٥٣٢ و ٥٣٤]، التفريع [١/ ٣٩٨]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٢].

وكذلك قال النبيُّ صلىٰ الله عليه لعدي بن حاتم: «**إِذَا** [٣/ ٨٧/ب] **أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلَّمَ وَذَكَرْتَ اسْمَ الله فَكُلْ**».

رواه سفيان، عن منصور، عن إبراهيم، عن همام بن الحارث، عن عدي بن حاتم، أنَّ النبيَّ ﷺ قال له ذلك[1].

فأمّا إذا نسي التسمية، فلا بأس بأكله؛ مِنْ قِبَلِ أنَّ التسمية سنةٌ[2] عند الذكاة، وترك السنن ناسياً لا يبطل العمل الذي كانت السنة فيه.

ألا ترىٰ: أنّه لو نسي تكبيراً في الصلاة غير تكبيرة الإحرام، أنَّ صلاته مجزيةٌ.

وكذلك لو قام من التشهد الأول ناسياً كانت صلاته جائزةً.

فأمّا إذا تعمد ترك التسمية، لم تؤكل وبطلت تذكيته، كما لو قام إلىٰ خامسة متعمداً، بطلت صلاته إذا كان قبل قعوده قدر التشهد، ولو قام ساهياً، لم تبطل صلاته، فقد اختلف حكم الساهي والعامد في هذا، فكذلك التسمية.

❀❀❀

[١٠٠٨] مسألة: قال: ومن مرت به جماعة طيرٍ أو ظباءٍ، فأرسل علىٰ واحدٍ بعينه فأخطأه وذهب إلىٰ غيره، فلا يأكل من ذلك إلّا ما أدرك ذكاته.

---

(١) متفق عليه: البخاري (٥٤٧٧)، مسلم [٦/ ٥٦]، وهو في التحفة [٧/ ٢٨٤].

(٢) تقدَّم أن السنة عند الشارح بمعنىٰ الواجب، ينظر، الجزء الأول، عند قول ابن عبد الحكم: «وَمَنْ تَرَكَ الوَدَاعَ فَلَا يُهْرِيقْ دَمًا».

وإن لم يرد واحداً بعينه وما[١] أراد ما أخذ منها، فلا بأس بأكل ما أخذ منها[٢].

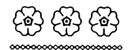
✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا أرسله علىٰ واحدٍ بعينه فأخذ غيره، فليس هو الذي قصد تذكيته، ولا هو الذي أرسل كلبه عليه، فلا يجوز أكله؛ لأنّه لم يذكه هو، وإنما قتله كلبه من غير إرساله.

فأمّا إذا أراد واحداً منها لا بعينه، كان له أكله؛ لأنّه إنّما أراد صيد واحدٍ منها لا بعينه، فما أخذه الكلب منها وصاده فقد أراده المرسل له وقصد تذكيته، فلا بأس بأكله.

❀❀❀

[١٠٠٩] مسألة: قال: ومن أرسل كلبه علىٰ جماعةٍ يريد واحداً منها بعينه، وكلما قتله معه فهو أرسله عليه، نوىٰ ذلك عند إرساله، فليأكل ما قتل منها[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ من قبل أنَّ مرسل الكلب قد قصد صيد واحدٍ من الجماعة بعينه، وآخر من الجماعة لا بعينه، فأيهما قتله الكلب من الجماعة [٣/٨٨/أ] لا بعينه فقد أراده، أو من الواحد بعينه فقد أراده أيضاً، فلا بأس بأكله؛ لأنّه قد قصد تذكيته بإرسال كلبه عليه.



---

(١) قوله: «وما»، كذا في شب، ولعلها: وإنما.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٦)، المدونة [١/ ٥٣٤ و ٥٣٩]، التفريع [١/ ٣٩٨]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٦].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٦)، المدونة [١/ ٥٣٤]، التفريع [١/ ٣٩٨]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٦].

[١٠١٠] **مسألة: قال: وما أَفْلَتَتْ عليه الكلاب، فلا يأكله**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ صاحب الكلب لم يرد صيده إذا لم يرسله هو علىٰ الصيد، ولا يجوز أكل ما صاده الكلب من غير إرساله؛ لأنّه لم يذكه هو، ولا بد في الصيد وبهيمة الأنعام من الذكاة وأن يكون بفعل المذكي وقصده لها، وإذا لم يكن كذلك، لم يجز أكل المُذَكَّىٰ، وقد قال النبيُّ صلىٰ الله عليه لعدي بن حاتم: «**إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ وَذَكَرْتَ اسْمَ الله تَعَالَىٰ فَكُلْ**»(٢).

۞۞۞

[١٠١١] **مسألة: قال: ومن كان معه كلبٌ أو طيرٌ يتبعه، فرأىٰ صيداً فقتله، فلا يأكله، إلّا أن يكون هو الذي أنبهه له.**

وإن كان الكلب رآه فحمل عليه، فلمّا ذهب في طلبه أشلاهُ(٣) **به صاحبه، فلا يأكله**(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ صاحب الكلب أو البازي لم يرسله ابتداءً ولم يقصد تذكيته، فلا يجوز له أكل ما صاده الكلب أو الباز حتىٰ يكون هو منتدبًا بإرساله وقَصْدِهِ تذكية ما صاده.

۞۞۞

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٧)، المختصر الصغير، ص (٣٩١)، التفريع [١/ ٣٩٨].

(٢) تقدَّم قريبًا.

(٣) قوله: «أشلاهُ» أي: أغراه بالصيد، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٢٥٦).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢١٧)، المدونة [١/ ٥٣٤]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٨].

[١٠١٢] مسألة: قال: ومن رمىٰ بسهمه فأصاب طيرين:

⇦ فليأكلهما إن كان أرادهما.

⇦ وإن كان أراد واحداً منهما، فليأكل الذي أراده[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ التذكية فعل من أفعال البر الذي لا يصح إلّا بعقدٍ ونيةٍ، فإذا قصد صيدهما جميعاً أكلهما، وَإِلّا أكل ما قصد صيده دون الآخر، علىٰ ما بيَّنَّاه.

❀❀❀

[١٠١٣] مسألة: قال: والضاري[٢] وغير الضاري من الكلاب سواءٌ إذا كان معلماً[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله سبحانه قال: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة:٤]، فكان هذا علىٰ عمومه في كلّ كلبٍ وغيره إذا علَّمْناه، [٢/١٤/أ] أنّه يجوز أكل ما صاده لنا وأمسكه علينا.

وكذلك قال النبيُّ صلىٰ الله عليه لعدي بن حاتم: «**إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢١٧).

(٢) قوله: «والضاري»، هو الكلب الذي كلب وعُلِّم أخذ الصيد وإمساكه علىٰ صاحبه، فضرىٰ في الصيد واعتاده، ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٤٤).

(٣) المختصر الكبير، ص (٢١٧)، المدونة [١/ ٥٣٤].

وَذَكَرْتَ اسْمَ الله عَزَّ وَجَلَّ، فَكُلْ»[١]، ولم يخص كلباً من كلبٍ، ولا جنساً من جنسٍ.

وكان ذلك علىٰ كلّ كلبٍ؛ لأنَّ الغرض منها أن تتأَمَّرَ لنا وتفقه عنا الأمر والنهي في أخذ الصيد وتركه.

❀❀❀

[١٠١٤] مسألة: قال: ولا بأس بما قتل الكلب من الصيد وأكل منه[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [المائدة: ٤]، وهذا علىٰ عمومه، في جواز أكل ما أمسك علينا الكلب، سواءٌ أمسك كله أو بعضه.

ولو وجب الامتناع من أكله إذا أكل؛ لأنّه أمسك علىٰ نفسه لا علىٰ صاحبه المرسِلِ له، لوجب الامتناع من أكل ما صاده البازي إذا أكل منه؛ لأنّه أمسكه علىٰ نفسه، فلمّا لم يجب الامتناع من أكل ما صاده البازي وإن أكل منه، فكذلك الكلب مثله؛ من قِبَلِ أنَّ الكلب والبازي إنّما يصطاد ليأكل أو يطعم منه، وإنما يحرم أكل ما يصيده إذا لم يأتمر لصاحبه بالأمر والنهي، لا بالأكل وترك الأكل؛ لأنَّ ما في قلب الكلب والبازي لا يعلمه إلّا الله عَزَّ وَجَلَّ، هل صاد لنفسه أو لمرسله.

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة ١٠٠٠ .

(٢) المختصر الكبير، ص (٢١٧)، المدونة [١/ ٥٣٣]، النوادر والزيادات [٤/ ٣٤٣].

فإن قيل: إنَّ ترك الأكل يدل علىٰ أنّه صاده لمرسله، والأكل يدل علىٰ أنه صاده لنفسه[(١)]؟

قيل له: لو وجب الامتناع لهذه العلة من أكله إذا أكل - أعني: الكلب - لوجب الامتناع من أكل ما يأكل منه البازي لهذه العلة.

فإن قيل: إن الكلب يُزجَر ويُضرب، وليس كذلك البازي[(٢)]؟

قيل له: هذا المعنىٰ هو عين الذي قيل في الأول من ترك الأكل الذي هو علةٌ لجواز الأكل؛ لأنا قد أفسدناها بما ذكرنا، وجواز ضرب الكلب وما في أنَّ الكلب يُضْرَبُ [٢/ ١٣/ب] ويزجر مما لا يجوز أكلُ ما يأكل منه، هذه دعوىٰ لا دلالة عليها.

فإن قيل: فقد قال النبيُّ ﷺ لعدي بن حاتم: «**فَإِنْ أَكَلَ فَلَا تَأْكُلْ**»[(٣)(٤)]؟

قيل له: هذه اللفظة يقال إنَّما ذكرها الشعبي عن عدي، وقد رَوَىٰ هذا الحديث همام بن الحارث، ومُرِّيُّ بن قَطَرِيّ[(٥)]، عن عديٍّ، لم يذكرا فيه «**فَإِنْ أَكَلَ فَلَا تَأْكُلْ**»، وقد رُوِّينا عن النبيِّ ﷺ بإسنادٍ صحيحٍ أنّه يأكل منه وإن أكل.

---

(١) ينظر الاعتراض في: الحاوي للماوردي [١٩/ ١١]، المغني لابن قدامة [١٣/ ٢٦٤].

(٢) ينظر الاعتراض في: أحكام القرآن للجصاص [٢/ ٤٤٥].

(٣) متفق عليه: البخاري (١٧٥)، مسلم [٦/ ٥٦]، وهو في التحفة [٧/ ٢٧٨].

(٤) ينظر الاعتراض في: أحكام القرآن للجصاص [٢/ ٤٤٥]، الحاوي للماوردي [١٩/ ١١]، المغني لابن قدامة [١٣/ ٢٦٣].

(٥) مري بن قطري الكوفي، مقبول، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٩٣٢).

فَرَوَىٰ هشيم، قال: أخبرنا داود بن عمرو[1]، عن بسر بن عبيد الله[2]، عن أبي إدريس الخولاني[3]، عن أبي ثعلبة الخشني قال: قال رسول الله ﷺ في صيد الكلب: «**إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ وَذَكَرْتَ اسْمَ الله عَزَّ وَجَلَّ، فَكُلْ وَإِنْ كَانَ أَكَلَ مِنْهُ، فَكُلْ مَا رَدَّتْ عَلَيْكَ يَدُكَ**»[4].

وقد رَوَىٰ ابن وهب، قال: أخبرني ابن أبي ذئب[5]، وعمرو بن الحارث[6]، ومخرمة[7]، عن بكير بن الأشج[8]، عن حميد بن مالك بن خثيم الدؤلي[9]: «**أَنَّهُ**

---

(١) داود بن عمرو الأزدي الدمشقي، صدوق يخطئ، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٣٠٧).

(٢) بسر بن عبيد الله الحضرمي الشامي، ثقة حافظ، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (١٦٦).

(٣) عائذ الله بن عبد الله الخولاني، ولد في حياة النبيِّ ﷺ يوم حنين، وسمع من كبار الصحابة، كان عالم الشام بعد أبي الدرداء. تقريب التهذيب، ص (٤٧٩).

(٤) أخرجه أبو داود [٣/ ٣٨٦]، وهو في التحفة [٩/ ١٣٦].

(٥) محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب القرشي العامري المدني، ثقة فقيه فاضل، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٨٧١).

(٦) عمرو بن الحارث بن يعقوب الأنصاري مولاهم المصري، ثقة فقيه حافظ، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٧٣٢).

(٧) مخرمة بن بكير بن عبد الله بن الأشج المدني، صدوق، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٩٢٦).

(٨) بكير بن عبد الله بن الأشج المدني، مولىٰ بني مخزوم، نزيل مصر، ثقة، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (١٧٧).

(٩) حميد بن مالك بن خثيم، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٢٧٦).

سَأَلَ سَعْدَ بن أَبِي وَقَّاصٍ عَنِ الصَّيْدِ يَأْكُلُ مِنْهُ الكَلْبُ؟، فَقَالَ: كُلْ، وَإِنْ لَمْ يَبْقَ مِنْهُ إِلَّا حَذَبَةٌ»(١).

ورَوَىٰ ابن وهب، قال: أخبرني عبد الله بن عمر، وابن أبي ذئب، وأسامة، أنَّ نافعًا حدثهم، عن عبد الله بن عمر أنّه كان يقول: «**لا نَرَىٰ بِأَكْلِهِ بَأْسًا، وَإِنْ قَتَلَهُ وَأَكَلَ مِنْهُ**»(٢).

قال ابن وهبٍ: «وأخبرني رجال من أهل العلم، عن علي بن أبي طالب، وأبي هريرة، وسلمان الخير، وسعيد بن المسيب، وربيعة، وعطاء، وسليمان بن يسار، مثل ذلك»(٣).

❁❁❁

[١٠١٥] مسألة: قال: ومن رمىٰ صيداً فوقع في الماء، فذبحه في الماء خوفًا من أن يموت، فلا بأس به(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إن كان السهم قد أنفذ مقاتله فلا بأس بأكله، ذَبَحه صاحب السهم أو لم يذبحه، وإن مات في الماء وإن لم ينفذ مقاتله جاز أكله إذا ذبحه صاحبه(٥).

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار [١٥/ ٢٨٥]، عن ابن وهب به، وأخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ٣٧٩]، عن عبد الله بن نمير ووكيع، عن ابن أبي ذئب، به.

(٢) أخرجه مالك [٣/ ٧٠٤]، وابن أبي شيبة [١٠/ ٣٨٠].

(٣) لم أقف عليه.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢١٦).

(٥) ما بعد هذا الموضع مفقود، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع بعض المسائل من

❖ ❖ ❖

شرح الأبهري، يغلب على الظنّ أنّها بعد هذا الموضع، هي:

كتاب الأطعمة

أكل الطّير

[١٩٤] – (ولا بأس بأكل الطّير كلّها، ما كان منها ذا مخلبٍ أو غير ذي مخلبٍ).

قال في شرح التفريع [٥/ ٤٨٠]: «قال أبو إسحاق: ولم يثبت عن النبيِّ ﷺ تحريم ذي مخلب من الطير، وكذلك قال محمد بن الجهم وأبو بكر الأبهري»..

أكل سباع الوحش.

[١٩٥] - (ولا يؤكل شيءٌ من سباع الوحش، مثل: الأسد، والذّئب، والفهد، والنمر، والضّبع)

قال في شرح التفريع [٥/ ٤٨١]: «إذا ثبت هذا، فقال مالكٌ: لا يؤكل شيءٌ من سباع الوحش.

واختلف هل منعه على الكراهة أو على التحريم؟

فقال ابن القاسم في كتاب ابن حبيبٍ: الأسود والنّمور والذئاب حرامٌ، لقول النّبيّ ﷺ: «أَكْلُ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ حَرَامٌ».

وقال أبو بكر الأبهري: نهيُ مالكٍ عن أكل لحم السّباع على الكراهة لا على التحريم، يدلّ على ذلك، اختلاف الصّحابة في أكلها».

وقال أيضـًا: «وقال ابن حبيب: اختلف المدنيون في تحريم لحوم السباع العادية، مثل الضبع والنمر والذئب.....

فوجه القول بالتحريم، ما خرجه مالك في موطئه، عن عبيدة بن سفيان الحضرمي، عن أبي هريرة، أنّ النبيَّ ﷺ قال: «كُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ حَرَامٌ، فَأَكْلُهُ حَرَامٌ»....

ووجه القول بالكراهة، الكتاب والسنّة والنّظر....

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ الآية، فليس لحوم السّباع مما تضمّن تحريمه الآية، فوجب ألّا يكون محرّمـًا.

وأمّا السنّة، فما روي عن النّبيّ ﷺ أنّه نهىٰ عن أكل كلّ ذي نابٍ من السّباع.
قال ابن الجهم والأبهري وابن القصّار: محمل النّهي عند مالكٍ في هذا الحديث علىٰ الكراهة لا علىٰ التحريم، قالوا: بدلالة اختلاف الصّحابة في أكلها».

أكل الخنزير والانتفاع بشعره

[١٩٦] - (والخنزير محرّمٌ أكلُه، شحمه ولحمه، ولا بأس بالانتفاع بشعره في الخرز وغيره)

قال في شرح التفريع [٥/ ٤٨٩]: «واختُلِفَ في الانتفاع به بعد الدباغ:
فقال أبو بكر الأبهري: لا يُنتفَع به بعد الدباغ.
وفَرَّقَ بينه وبين جلد الميتة: فإنّ النّصّ ورد في جلد الميتة، وهو قوله ﷺ: «هَلَّا أَخَذْتُمْ إِهَابَهَا فَدَبَغْتُمُوهُ فَانْتَفَعْتُمْ بِهِ»، ولم يَرِدْ في جلد الخنزير».

أكل ما لا ذكاة له من طعام المجوس.

[١٩٧] - (ولا بأس بما لا ذكاة له من طعام المجوس، ولا يحلّ أكل ذبائحهم، ولا تؤكل جُبُنهم؛ للإنفحة التي فيه).

قال في شرح التفريع [٥/ ٤٩٤]: «قال الأبهري: وقد أكل الصّحابة من طعامهم الذي لا يحتاج إلىٰ ذكاةٍ حين فتح الله عليهم بلادهم، وفي ذلك دليلٌ علىٰ إباحته.
وأمّا ذبائحهم فلا تؤكل؛ لأنّ الله تعالىٰ يقول في كتابه: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾، فدلّ أنّ غيرهم بخلافهم.
وأمّا جبنهم فلا تؤكل؛ لأنّ الإنفحة التي جعلت فيه نجسةٌ، فاختلط النّجس بما ليس بنجسٍ، فتنجّس الجميع».

المحرم يأكل الميتة ولا يصطاد.

[١٩٨] - (ومن وجد ميتةً وصيداً وهو محرِمٌ، فليأكل الميتة ولا يأكل الصّيد؛ إلّا أن تكون الميتة متغيرةً يخاف علىٰ نفسه من أكلها).

قال في شرح التفريع [٦/ ٦]: «قال الأبهري: ولأنّه قادرٌ علىٰ تبقية الصّيد وإحيائه من

غير ضرورةٍ به إلىٰ قتله، فلم يجز له أن يقتله؛ لأنّ الله عزّ وجلّ قد منعه من ذلك بقوله عزّ وجلّ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ ﴾[المائدة:٩٥] الآية.

ويأكل من الميتة؛ لأنّ الله عزّ وجلّ قد أباح أكلها عند الضّرورة.

ولأنّه إذا قتل الصّيد وهو محرمٌ، فقد صار ميتةً، فلأن يأكل ميتةً لم يمتها هو ويستغني عن قتلها، أولىٰ أن يقتل ثمّ يأكل، فلهذا قال مالكٌ: إنّه يأكل الميتة ولا يقتل الصّيد».

[من كتاب البيوع][(1)]

(١) هذا العنوان غير مثبت في المخطوط، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع، جملة من شرح الأبهري، هي كالتالي:

باب ما لا يجوز فيه التّفاضل.

[١٩٩] - (قال مالكٌ رضي الله عنه: ولا يجوز التّفاضل في الجنس الواحد من المأكولات المقتاتة كلّها.

ولا بأس بالتّفاضل في الجنسين منها يداً بيدٍ).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٠٦]: «قال الأبهري رضي الله عنه: فإن قيل: إنّ العلة في المأكول الجنس؛ لأنّها أعمّ من المأكول المدّخر، فإذا كان كذلك وجب إجراء العلّة علىٰ عمومها؟

قيل له: إنّما يجب الحكم بالعلّة متىٰ عُلِمَ أنَّهَا صحيحةٌ بشهادة الأصول لها، وصحّة استنباطها، وإذا لم تعلم صحّتها في الأصل، لم يجر الحكم بعمومها.

وإذا كان كذلك، ثمّ لم يُدْرَكْ الأصل الذي استخرِجَ منه علّة الرّبا في المأكول في الجنس دون أن لا يكون مدّخراً، وجب ألّا يتعدّىٰ بذلك إلىٰ غيره.

ولأنّ غيره في الاعتبار - أعني: البقل - مخالفٌ للوقت والأدم المدّخر في المنفعة، فلم يجز الجمع بينهما في تحريم التّفاضل في الجنس الواحد، فالعلّة فاسدةٌ من وجوهٍ:

أحدها: أنّه يؤدّي إلىٰ رفع ما ثبت من التّحريم في الأصل، وهو أنّه يجيز التّمرة بالتّمرتين مما لا يقع عليه الكلّ عنده، وقد عمّ النّبيّ ﷺ التّمر بالمنع من التّفاضل فيه، قليلاً كان أو كثيراً.

ووجهٌ آخر: يُفسِد اعتلاله، وهو أنّه لا تنفصل علّة التّحليل؛ من قِبَلِ أنّ الجزاف

بالجزاف لا يحل ولا يجوز من الصّنف الواحد من الطّعام، فإذا كيل أو وُزِنَ جاز إذا كان متماثلاً، وإن كان غير متماثلٍ لم يجز، فقد صار الكيل والوزن علّة التّحليل؛ لأنّه لولا الكيل والوزن ما جاز؛ لأنّه لا يُتَوصّل إلىٰ مماثلته إلّا بالكيل أو بالوزن، ومحالٌ أن يكون الشّيء الواحد علّةً للتّحريم والتّحليل لشيءٍ واحدٍ.

فإن قيل: إنّا قد رأينا شيئًا واحداً يُحَلّل ويحرّم، وهو وطء الزّوج، يحلّل هذا الوطء المرأة للزّوج الّذي طلّقها ثلاثًا، ويحرّمها علىٰ أبي الواطئ وابنه، فقد صار شيئًا واحداً محرّمًا محلّلاً؛ وكذلك الكيل والوزن علّة التّحريم والتّحليل؟

فيقال: هذا غلطٌ؛ من قِبَلِ أنّ الوطء يحرِم علىٰ غير الذي يحلِّلُ له، فالتّحليل والتّحريم ليس يرجع إلىٰ شيءٍ واحدٍ؛ وإنّما هو لشخصين مختلفي المعنىٰ، وليس يُنكر، ذلك كالميتة تحلّ للمضطرّ وتحرم علىٰ غيره، وعلّة الكيل والوزن نهيٌ عامٌّ ليس فيها واحدٌ بتحريمٍ وآخر بتحليلٍ.

وإذا كان كذلك، ثمّ جعلها جاعلٌ علّةً للتّحريم، فلِمَ تنفصل ممّن خالفّه في جعلها علّةَ التّحليل، وكانت علّةً فاسدةً؛ لأنّ ما أدّىٰ إلىٰ الباطل فهو باطلٌ مثله.

قال أبو بكرٍ الأبهري رضي الله عنه: وإنّما لم يجز التّفاضل في الجنس الواحد؛ لاتّفاق أغراض النّاس فيه، فلم يجز أن يُخرِجَ من ماله شيئًا من غير عوضٍ يأخذه ولا منفعةٍ تحصل له إذا كان علىٰ وجه المعاوضة، فأمّا علىٰ غيرها من هبةٍ أو صدقةٍ فإنّ ذلك جائزٌ.

وإذا اختلفت أصناف الطّعام جاز التّفاضل فيه يداً بيدٍ؛ لأنّه إذا اختلفت أصنافه اختلفت أغراض النّاس [فيه:في] منافعه، فجاز أن يبيعوه متفاضلاً يداً بيدٍ، ولا خلاف بين العلماء في ذلك، وإذا كان الطّعام جنسًا واحداً، لم يجز التّفاضل فيه؛ لاتّفاق الغرض فيه، ولا خلاف في ذلك أيضًا».

[٢٠٠] – (ولا يجوز النَّساء في المأكولات منها، المقتاتة منها وغير المقتاتة).

قـال في شـرح التفريع [٧/ ٤٠٨]: «قال أبو بكر الأبهـري رضي الله عنه: ولا خلاف في ذلك بين أهل العلم.

ولأنّ كلّ شـيئين لا يجـوز أن يُسـلَم أحدهما فـي الآخر، لا يجوز بيعه بـه إلّا يداً بيدٍ، أصله: الفضّة والذّهب أو الذّهب والفضّة».

[٢٠١] – (والحنطة والشـعير والسّـلت صنـفٌ واحدٌ، لا يجوز بيعهـا إلّا مثلاً بمثل، يداً بيدٍ، والتّمر كلّه وألوانه صنفٌ واحدٌ، والزّبيب أحمره وأسـوده، والقِشَمِّشُ صنفٌ واحدٌ).

قـال في شـرح التفريـع [٧/ ٤٠٩]: «قال الأبهـري رضي الله عنـه: ولأنّ الأغراض متقاربةٌ فيها، فلم يجز بيعها متفاضلاً بعضها ببعضٍ؛ لأنّ ذلك من أكل المال بالباطل.

فإن قيل: فقد جُعِل الشّعير في الخبر صنفاً غير الحنطة، ويسمّىٰ باسمٍ مفردٍ؟

قيل: إفراده بالاسم لا يمنع أن يكون حكمها واحداً في منع التّفاضل.

ألا ترىٰ: اسم الضّأن والمعز مختلفٌ، ثمّ جُمِعَ بينها في الزّكاة وجعل حكمها واحداً؛ لتقارب منافعها، وإن كانا يختلفان اختلافاً يسيراً.

وكذلك الحنطة والشّعير، جُمِع بينهما لتقارب منافعهمـا، وإن كانا يختلفان اختلافـاً يسيراً، وكذلك السـلت والعَلَسُ؛ لتقارب بعضها من بعضٍ، وكذلك التّمر كلّه صنفٌ واحدٌ، وكذلك الزّبيب أيضـاً، وإن اختلفت ألوانه صنفٌ واحدٌ؛ لأنّ منافعهما متقاربةٌ، فوجـب أن يكون حكـم كلّ صنفٍ منه حكمـاً واحداً في منـع التّفاضل منه وضمّه في الزكّاة».

[٢٠٢] – (والقطنيـة أصنـافٌ مختلفـةٌ، إلّا الحمّـص واللّوبياء فإنّهمـا صنفٌ واحدٌ، والجلبان والبَسِيلةُ صنفٌ واحدٌ)

قـال في شـرح التّفريـع [٧/ ٤١٠]: «واختُلِف في أخبـاز القطنية بعد القـول: إنّها إذا كانت حبّـاً أصنافـاً، هل يجوز التفاضل فيها أم لا؟

فقال ابن القاسم وأصبغ: ذلك جائزٌ، وأجازة أشهب مرّةً، وقال أيضـًا: لا يصلح ذلك متفاضلاً، قال ابن المّواز: وهو أحب إلي.

وقال ابن القاسم في العتبية: أكره خبز الحنطة بخبز الأرز متفاضلاً.

قـال الأبهـري رضي اللـه عنـه: لأنّ منفعتهمـا قد صـارت متقاربـةً، ولا يجـوز فيها التّفاضل».

بيع اللحوم

[٢٠٣] – (ولحـوم الأنعام والوحش صنفٌ واحدٌ، ولحـم الطير: بريّه وبحريّه صنفٌ واحدٌ، والسّـمك كلّه صنفٌ واحدٌ، والجراد صنفٌ رابعٌ، والنّعام من جملة الطّير وهو والطّير صنفٌ واحدٌ).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤١١]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما لم يجز التّفاضل في السمك؛ لتقارب منافعه.

ولأنّه جنسٌ واحدٌ».

بيع الطريّ باليابس من القمح والزّبيب واللّحوم والألبان

[٢٠٤] – (ولا يجوز بيع زبدٍ بسمنٍ، ولا لبنٍ بسمنٍ، ولا زبدٍ بجبنٍ)

قال في شـرح التفريـع [٧/ ٤١٤]: «قال الأبهـري رحمه الله: وإنما لـم يجز بيع زبدٍ بسمنٍ؛ لأنّ ذلك مزابنةٌ، وهو بيع سمنٍ بسمنٍ مجهولٍ؛ لأنّ السّمن يخرج من الزّبد.. وإنّما لم يجز بيع اللّبن بالسّـمن؛ لأنّ ذلك مزابنةٌ أيضـًا، وهو بيع سـمنٍ بسـمنٍ؛ لأنّ اللّبـن يخـرج منه السّـمن، وقد باع مجهـولاً بمعلومٍ، وقـد نهىٰ النّبـي ﷺ عن ذلك أيضـًا».

فيما يجوز في بيعه التّفاضل والتّماثل من الألبان واللّحوم

[٢٠٥] – (ولا يجـوز بيع الحنطة بالدّقيق متفاضلاً، وعنه فـي بيعها متماثلاً روايتان: إحداهما جوازه، والأخرىٰ منعه)

قـال في شـرح التفريع [٧/ ٤١٦]: «ووجـه المنع، هو أنّ الحنطـة إذا طُحنت، زادت علىٰ الدّقيق، والتماثل فيهما غير موجودٍ.

قـال الأبهري: والأوّل هو الصحيح؛ لأنّ ذلك متماثلٌ فـي الحال، ولا يراعىٰ التّماثل في المآل.

ألا ترىٰ: أنّ الحطنة بالحنطة تجوز مثلاً بمثلٍ، وإن كانت إحداهما إذا طُحِنت خالفت الأخـرىٰ فـي القلّـة والكثرة والمنفعـة، ثمّ لـم يُنظَر إلـىٰ ذلك ولم يـراع، وإنّما روعي تساويهما في الحال.

ولهذه العلّة قال مالكٌ رضي الله عنه: لا بأس ببيع الرّطب بالرطب متماثلاً، فينظُرُ إلىٰ تساويهما في الحال، ولم يراع ما يحدث بعد ذلك إذا جفَّا».

بيع الرّطب بالرّطب

[٢٠٦]- (ولا بـأس ببيـع الرّطب بالرّطـب متماثلاً، وقال عبد الملـك: لا يجوز بيع الرّطب بالرّطب بحالٍ).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤١٩]: «اختلف في بيع الرّطب بالرّطب متماثلاً، هل يجوز أم لا؟

فقـال مالـك رضي الله عنـه: هو جائزٌ، وقال عبـد الملك: لا يجوز بحـالٍ، وهو قول الشافعي......

قال أبو بكر الأبهري رضي الله عنه: فـإن قيـل: فأجيـزوا التّمـر بالرّطـب إذا كان متساويـاً في الحال؟

قيل له: التّمر ليس مسـاويـاً للرّطب في الحال، ووقت تجفيفهما مختلفٌ؛ لأنّ الزّمان الذي جف فيه التمر غير الزّمان الذي يجفُ فيه الرّطب، ويختلف جفافهما لاختلاف الزّمـان، وليس كذلك الزّمان الذي يجف فيـه الرّطب بالرّطب؛ لأنّ زمانهما واحدٌ أن لو جُفِّفَا، ولو لزم، مُنِعَ بيع الحنطة بالحنطة؛ لأنّ ريعهما يختلف».

بيع الفاكهة، رطبها ويابسها

[٢٠٧]- (ولا بأس ببيع الفواكه كلّها، رطْبِهَا ويابسها، متفاضلاً ومتماثلاً، جنساً كانت أو جنسين مختلفين، يداً بيدٍ)

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٢١]: «قال مالكٌ رضي الله عنه: ولا بأس بحامض الرّمان بحلوه متفاضلاً، ولا يجوز التّفاضل في العنب وإن كان أحدهما لا يتزبّب، وكذلك التين وإن كان أحدهما لا ييبس، ويُحكم فيه بحكم الأصل من أمره.

قال الأبهري: وإنما قال مالكٌ: يجوز التّفاضل في الفواكه كلّها، صنفاً واحداً كانت أو صنفين مختلفين، يداً بيدٍ؛ لأنّ علّة تحريم التّفاضل في الصّنف الواحد عنده: هي أن يكون مأكولاً مدّخراً، وإذا كان كذلك، لم يجز التّفاضل في الصّنف الواحد.

والدّليل على صحّة قول مالكٍ وما استخرجه من المعنى: هو أنّ النّبيّ ﷺ نصّ على أشياء كلّها مأكولةٍ مدّخرةٍ، مثل: الحنطة والشّعير، والتّمر والملح، ولم يذكر غير مأكولٍ مدّخرٍ.

ولو أراد النّبيّ ﷺ في تحريم التّفاضل أن يكون مأكولاً لذكره، ونبّه بذكره على ما عداه، كما ذكر الحنطة والشّعير، فنبّه بذكرهما على مقتاتٍ، وذكر التّمر، ونبّه على [كلّ] حلاوةٍ مدّخرةٍ من الزّبيب والعسل والسّكر والتّين، وذكر الملح فنبّه بذكره على كلّ إدام مأكولٍ مدّخرٍ، ولم يذكر مأكولاً ليس بمدّخرٍ، فلم يجز تعدّي ما نصّ عليه النّبيّ ﷺ أو كان [في] معناه، إلى غيره مما ليس في معناه، ولا منفعة كمنفعته المنصوص عليه.

وإذا كان كذلك، لم يجز أن تكون البقول والفواكه وسائر المأكولات التي لا تدّخر مثل المدّخرات في تحريم التّفاضل؛ لاختلاف منافعها في ذلك.

ألا ترى: أنه لم يجز ردّ البقول والفواكه في الزكاة إلى الأقوات؛ لاختلاف منافعها، فكذلك لا يجوز ذلك في منع التّفاضل.

وكذلـك لمّـا لم يجـز ردّ ما ليس بقـوتٍ في إخراجه إلـىٰ ما هو قوتٌ فـي زكاة الفطر لاختلاف منفعة ذلك؛ فكذلك في الرّبا».

بيع اللّحم بالحيوان

[٢٠٨] – (ولا يجـوز بيـع الحيوان المأكولِ لحمُـهُ بِلَحْمٍ من جنسـه، ولا بأس ببيعه بلحمٍ من غير جنسه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٢٣]: «قال الأبهري رحمه الله: لأنّه يصير بيع لحمٍ بلحمٍ متفاضلاً من صنفٍ واحدٍ، وذلك غير جائزٍ.

وهـذا إذا كان الحـيّ لا يصلـح لغيـر اللّحـم، كالمعلوف الـذي لا يراد لغيـر اللّحم، والمكسور الظّهر أو العنق أو ما أشبه ذلك، فيصير لحماً بلحمٍ متفاضلاً، فأمّا إذا كان الحيّ يصلح لغير الذّبح، فإنّه لا باس به؛ لأنّ ذلك حيوانٌ بلحمٍ، وسواءٌ كان ممّا يجوز أكل لحمه أم لا.

«قال أبو الزّناد: قلت لسعيد بن المسيّب رضي الله عنهما: رأيت رجلاً اشترىٰ شارفاً بعشر شياهٍ؟

فقال سعيدٌ: إن كان اشتراها لينحرها، فلا خير في ذلك».

فقد بيَّن سعيد بن المسيّب أنّ بيع الحيوان باللّحم لا يجوز إذا أراد نحر الحيوان وكان لا يصلح لغير النّحر، فأمّا إذا صلح للسّقية أو كان مما لا يؤكل لحمه، فلا بأس بذلك لعموم قوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[البقرة:٢٧٥] الآية.

وأنّ بيـع الحيّ منه بالمذبوح إنّما منع لعلة المزابنة، وهو معلومٌ بمجهولٍ من جنسـه، فمن ذلك بيع اللّحم باللّحم، مجهولٍ بمجهولٍ، أو معلومٍ بمجهولٍ.

وقال أيضـاً: «فإن كانا من جنسين جاز.

قال الأبهري رحمة الله عليه: لأنّ منفعة ذلك مختلفةٌ، سـواءٌ كان الحيّ مما يُستَحيا مثله أم لا؛ لأنّه إذا كان يستحيا مثله، فهو بيع الحيوان باللّحم، ولا بأس بذلك، سـواءٌ كان ممـا يـؤكل لحمه أم لا، وإن كان مما لا يصلح لغير الذّبح، فلا بأس به أيضـاً؛ لأنّ

منفعته مختلفةٌ وجنسه مختلفٌ، ولا بأس باللّحم متفاضلاً إذا اختلف جنسه؛ وذلك كلحم الأنعام والوحش بلحم الطّير والحيتان، وكلّ صنفٍ منه بالصّنف المخالف له يجوز بيعه متفاضلاً ومثلاً بمثل، ويجوز أن تباع لحوم ذوات الأربع بالطّير الحيّ، ولحم الطّير بالحيوان».

[٢٠٩] – (ولا بأس ببيع الحيوان الذي لا يؤكل لحمه باللّحم).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٢٤]: «اعلم أنّه يجوز بيع الحيوان الذي لا يؤكل لحمه باللّحم، كلحم الأنعام بالخيل وسائر الدّواب، نقداً ومؤجّلاً؛ لأنّها لا تؤكل لحومها، فأُمِنَ من المزابنة فيها؛ لأنّ المزابنة بيع المعلوم بالمجهول من جنسه.

قال الأبهري: أو مجهولاً بمجهولٍ من جنسٍ واحدٍ، فيدخل في ذلك الربا، ويكون خطاراً وقماراً في الجنس الّذي لا ربا فيه، والحيوان الذي لا يؤكل لحمه لا ربا فيه، فجاز».

باب بيع الجزاف

[٢١٠] - (ولا بأس ببيع الطّعام جزافًا في الغرائر وصبراً على الأرض، ولا يباع الحيوان ولا الثّياب ولا شيء له بالٌ جزافًا)

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٢٥]: «قال أبو بكر الأبهري رحمه الله: وإنّما قلنا ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[البقرة:٢٧٥]، فبيع الجزاف وغيره جائزٌ إذا كان على ما أذن الله تعالى فيه.

ولأنّ النّاس يرتفقون بترك كيله ووزنه؛ لأنّ عليهم في ذلك مؤنةً ومشقّةً، لا سيما إذا كثر ذلك، فإنّه يشقّ عليهم لو كُلِّفُوهُ ومُنِعُوا من بيعه جزافًا.

ولأنّ الجزاف إنّما جاز بيعه؛ لأنّه يُرى ويُعاين، فليس فيه كثير غررٍ، [ولهم:وليس لهم] أن يبيعوا كيف أحبّوا متى لم يعدلوا عن كيله ووزنه وعدده من أجل المشقّة، وإنّما عدلوا عنه طلبًا للغرر، فلا يجوز حينئذٍ، ولا يجوز بيع شيءٍ له بالٌ وخطرٌ جزافًا، كالثّياب والعبيد والحيوان».

بيع المكيل حسب قول البائع وتصديق المشتري

[٢١١] – (ومن ابتاع طعاماً مكيلاً فاستوفاه لنفسه، ثمّ أراد بيعه، فأخْبَرَ مُشتريه بكيله، وصدّقه المشتري علىٰ ذلك، فلا بأس به إذا كان الثّمن نقداً، ولا يجوز إن كان الثمن نَسَاءً أو قرضاً).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٢٨]: «قال الشيخ أبو بكر الأبهري رضي الله عنه: لأنّ المشتري لا يرجع بنقصانٍ إن كان في الكيل من أجل تأخير البيع بالنّسيئة وتأخير البائع للثّمن، فصار سلفٌ جرّ منفعةً؛ وذلك غير جائزٍ».

[٢١٢] – (وإذا اشتراه وصدّقه علىٰ كيله، ثمّ وجد المشتري زيادةً أو نقصاناً، وقامت لـه علىٰ النّقصان بيّنةٌ، فإن كانت الزّيادة والنّقصان شيئاً يسيراً، فهي له وعليه، وإن كانت كثيرةً فهي للبائع وعليه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٢٩]: «قال الأبهري: وإنّما قلنا: إنّ النّقصان البيّن علىٰ البائع إذا كان في الطّعام؛ فلأنّ المشتري دخل علىٰ ما ذكر له البائع من القدر والكيل، فمتىٰ وجده ناقصاً، رجع بقدر ذلك من الثّمن، كما لو وجد به عيباً لرجع بقدر ذلك من الثّمن؛ لأنّ المشتري دخل علىٰ السّلامة في المبيع.

وإنما قلنا: إنّ الزيادة إذا كانت بيّنة فهي للبائع؛ لأنّ البائع لم يبع ما زاد علىٰ الكيل ولا أخذ ثمنه.

وهذا إذا ثبتت الزّيادة والنّقصان ببيّنةٍ، فأمّا إذا ادّعىٰ النقصان المشترىٰ، فلا يقبل قوله إلّا ببيّنةٍ؛ لأنّ المشتري مدّعٍ والبائع منكرٌ، فالبيّنة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من أنكر، والمشتري فليس بمؤتمنٍ علىٰ ما يقوله؛ لأنّه قبض الشّيء لنفسه لا للبائع، فليس يشبه المودع الذي هو مؤتمنٌ».

باب بيع الطعام قبل قبضه

[٢١٣] – (قال مالكٌ رحمه الله: ومن ابتاع طعاماً أو إداماً ممّا فيه الربا أو لا ربا فيه، كيلاً أو وزناً أو عدداً، فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٣١]: «قال الأبهري رحمة الله عليه: والمعنىٰ في منع النّبيّ ﷺ في بيع الطعام قبل قبضه، إنّما هو من أجل العينة التي كان يفعلها أهل المدينة وهو أن يأتي الرّجل إلىٰ الرّجل فيقول: «اشتر هذه السلعة بكيت وكيت، وأنا أربحك فيها»، فيشتريها المأمور للآمر ويبيعها منه قبل قبضه، من غير حاجةٍ للمأمور إلىٰ الشّراء؛ وإنّما اشتراها بسبب الآمر، فيكون قد أقرضه ذهباً بأكثر منه إلىٰ أجلٍ ولا حاجة له في السّلعة، فمنع النّبيّ ﷺ مَنِ اشتَرىٰ طعاماً أن يبيعه حتىٰ يستوفيه؛ لأنّه إذا استوفاه ففي الأغلب أنّه إنّما اشتراه لنفسه، وتزول التّهمة التي من أجلها منع من بيع الطّعام قبل قبضه؛ لأنّه قد تناهىٰ فعله فيما اشتراه، وهو أنّه قد ملكه بالعقد وحازه بالقبض، فإذا باعه بعد ذلك جاز؛ لأنّه قد باع ما قد ملكه وحازه، ولم يُتّهم أن يكون اشتراه لغيره.

فأمّا سائر السلع إذا أريد بها العينة غير الطّعام والشراب، فلا يجوز أيضاً بيعها قبل قبضها؛ لما ذكرناه.

وإنّما خرج نهي النّبيّ ﷺ علىٰ الطّعام؛ لأنّه كان أكثر مما يبتاعه أهل المدينة، فأمّا غير الطعام من سائر العروض مما لم يُشْتَرَ علىٰ وجه العينة، فلا بأس ببيعه قبل قبضه؛ لأنّ المشتري قد ملك ذلك بالعقد والتّفرق بعده، بدلالة أنّ البائع يُجبر علىٰ تسليم ذلك إلىٰ المشتري، ولو لم يملكه بالعقد حتىٰ يقبض، لما أُجبِر البائع علىٰ تسليم شيءٍ إلىٰ المشتري وهو لم يملكه، وإذا كان كذلك، جاز للمشتري بيعه قبل قبضه.

فإن قيل: إنّ النّبيّ ﷺ إنّما نهىٰ عن بيع الطعام قبل قبضه؛ لأنّه ليس في ضمان المشتري؛ وكذلك غير الطّعام من السّلع هو في معنىٰ الطّعام في أنّه لا يجوز بيعه قبل قبضه؟

قيل: لو كان لهذه العلة أثرٌ، لم يجز بيع ما كان قرضاً من الطّعام في ذمّة المستقرض، ولا بيع الشّيء المغصوب إذا باعه ربّه من غاصبه، ومخالفنا وغيره من العلماء يجيز بيع ذلك.

وإذا كان كذلك، ثبت أنّ العلّة في منع البيع ليس هو أنّه في ضمان البائع؛ لأنّ الشّيء المغصوب لو تلف كان من الغاصب، وكذلك الشّيء المستَقْرَض، وقد قال الشافعيّ رضي الله عنه: إنّ عتق المشتري للعبد جائزٌ قبل قبضه من البائع، وليس يخلو أن يكون قد مُلِكَ فيجوز بيعه وعتقه أو لم يملك فلا يجوز بيعه، ولا عتقه؛ لأنّ النّبي ﷺ قد سوّىٰ في بيع ما لا يملك الإنسان والعتق.

فإن قيل: إنّ عتقه قبضٌ له؟

قيل: كيف يكون ذلك، والعتق هو رفعُ الملك، وكيف يملك الإنسان الشّيء بضدّ الملك؟

فإن قيل: فقد نهىٰ النّبي ﷺ عن ربح ما لم يضمنه الإنسان، وهذا ربح ما لم يضمنه.

قيل له: معنىٰ قوله ﷺ، إنّما هو أن يبيع الإنسان سلعة غيره بغير أمره ويشترط خلاصها، فهذا ربح ما لم يضمنه، فأمّا أن يبيع شيئًا قد ملكه، فليس هو ربح ما لم يضمن».

[٢١٤] – (ومن ابتاع شيئًا من ذلك جزافًا، فلا بأس أن بيعه قبل أن ينقله من مكانه، والاختيار أن لا يبيعه حتىٰ ينقله من مكانه إلىٰ غيره).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٣٣]: «والأصل في ذلك، ما رواه ابن وهبٍ، عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَىٰ أَنْ يَبِيعَ أَحَدٌ طَعَامًا اشْتَرَاهُ بِكَيْلٍ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَهُ».

وروىٰ أبو هريرة عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا كَيْلًا، فَلَا يَبِعْهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَهُ»، فدلّ علىٰ أنّ الجزاف بخلافه.

وإنّما يجوز بيع الجزاف، إذا خلّىٰ البائع بينه وبين المبيع؛ لأنّ الجزاف ليس فيه حقُّ يُوفِّيهِ، فإذا وُجِدت التّخلية لم يبق وراءها توفيةٌ تُطلَب، كالمكيل إذا قُبِضَ.

ولأنّه لو تلف قبل قبضه، كان تلفه من المشتري، كالعقد، فجاز له بيعه قبل قبضه، قاله الأبهري رضي الله عنه».

[٢١٥]– (ومن استؤجر بطعامٍ مكيلٍ، فلا يجوز بيعه حتىٰ يقبضه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٣٤]: «قال الأبهري: ولأنّ الإجارة بيع المنافع، وكأنّه قد باع منافعه من الخدمة بالطّعام الذي أخذه، فليس يجوز بيعه قبل قبضه.

وكذلك من تزوّج امرأةً بطعامٍ مكيلٍ له، لم يجز لها بيعه حتىٰ تقبضه ؛ لأنّها مبتاعةٌ له بمنافع بضعها.

كذلك من ملك طعاماً بأرش جنايةٍ أو مصالحةٍ عن دم أو قضاءٍ عن دينٍ، فإنّه لا يجوز بيعه قبل قبضه؛ لعموم قوله ﷺ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا، فَلَا يَبِعْهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَهُ»؛ لأنّ حقيقة البيع: انتقال الملك بعوضٍ، وقد وُجِدَ».

[٢١٦]– (ومن ابتاع طعاماً بكيلٍ، ثمّ أقرضه غيرَه أو وهبه له، أو قضاه رجلاً من قرضٍ كان عليه، فلا يبيعه أحدٌ ممّن صار إليه ذلك الطّعام حتّىٰ يقبضه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٣٥]: «قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ أصله من بيعٍ، فلا يجو لمن صار إليه بأيّ وجهٍ كان أن يبيعه قبل قبضه، وقد ثبت عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا، فَلَا يَبِعْهُ حَتَّىٰ يَقْبِضَهُ».

باب السلم في الأشياء

[٢١٧]– (ومن أسلم في طعامٍ، فليذكر: قدره، وصفته، وأجله، ويُقدِّمُ نقده مع عقده ولا يؤخّره عنه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٣٩]: «قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ صفات الطعام تختلف، وكذلك سائر الأشياء من العروض كلّها، فإذا أسلم في شيءٍ منها، وجب أن يعيّنَهَا ويحصرَهَا بصفةٍ معلومةٍ؛ ليدفع ذلك البائعُ إلىٰ المشتري ويزول معه الغرر.

وإذا لم يصفه ويضبطه ويحدّه بأكثر مما يمكن، لم يجز ذلك؛ لأنّهما قد دخلا علىٰ غررٍ، لا يدري المشتري ما اشتراه، ولا البائع ما باع، وقد روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ»، فإذا ضُبِط بالصّفة، جاز السّلم في ذلك كلّه».

[٢١٨]– (ومن أسلم في طعامٍ موصوفٍ إلىٰ أجلٍ فحلّ، فأراد أنه يأخذ من بائعه

بمكيلته شعيراً أو سلتاً، فلا بأس به، ولا يجوز أن يأخذ أدنىٰ من مكيلته ولا أكثر منها).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٤١]: «قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ هذه الأشياء صنفٌ واحدٌ، ولا بأس أن يأخذ بعضها من بعضٍ؛ لأنّها بيع الطّعام قبل قبضه كغيره، وإنّما أخذ الصّنف الذي له وأجود منه أو دونه، وذلك جائزٌ؛ لأنّ كلّه معروفٌ يفعله أحدهما بالآخر إذا أعطاه فوق حقّه وأخذ دون حقّه.

وهذا كلّه إذا حلّ الأجل، وإن كان ذلك قبل حلوله، لم يجز أن يأخذ إلّا مثل الصّفة والكيل، ولا يأخذ أجود ولا أكثر كيلاً، فيكون: «حُطَّ عَنِّي الضمانَ وأَزِيدُكَ»؛ لأنّ المبتاع أسقط عنه الضّمان من أجل الزيادة؛ وذلك غير جائزٍ.

ولا أدنىٰ ولا أقلّ كيلاً، فيدخله: «ضع وتعجّل» وبيع الطّعام قبل قبضه بطعامٍ آخر، قاله الأبهري».

السّلم في التّمر والزبيب، والإقالة من بعض الطّعام أو العرض المسلم فيه

[٢١٩]- (ومن أسلم في نوعٍ من تمرٍ، فلا بأس أن يأخذ نوعاً سواه من جنسه، ولا يأخذ حنطةً ولا شعيراً عوضاً منه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٤٢]: «قال الأبهري رحمة الله عليه: لأنّ التّمر كلّه صنفٌ واحدٌ، فإذا أخذ غير النّوع الذي سلف فيه، لم يكن ذلك بيع الطّعام قبل قبضه بغيره من الطّعام.

ألا ترىٰ: أنّ التّمر لا يجوز التّفاضل فيه بشيءٍ من أصنافه؛ وإنّما يجوز ذلك إذا قبضه بعد محلّ الأجل، وإن كان قبل الأجل لم يجز أن يأخذ دون صنفه ولا فوقه؛ لأنّه يدخله ما ذكرناه في القمح سواءٌ.

ولا يجوز أن يأخذ عنه حنطةً ولا شعيراً؛ لأنّه بيع الطّعام قبل قبضه، وقد نهىٰ النّبيّ ﷺ عن ذلك».

[٢٢٠]- (ومن أسلم في نوعٍ من الزّبيب، فلا بأس أن يأخذ نوعـًا آخر من جنسه، ولا يجوز أن يأخذ تمراً عن زبيبٍ، ولا زبيبًا عن تمرٍ).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٤٢]: «اعلم أنّ من أسلم في نوعٍ من الزّبيب، فلا يجوز أن يأخذ عوضًا عنه نوعـًا من التّمر، لا قبل الأجل ولا بعده، وكذلك لو أسلم في نوعٍ من التّمـر، فلا يجوز أن يأخـذ عوضـًا منه نوعـًا من الزّبيب، لا قبل ذلك الأجل ولا بعده؛ لأنّهما صنفان مختلفان.

قـال الأبهري رضي الله عنه: ألا ترىٰ أنّ التّفاضل بينهما جائزٌ قبل قبضه، وبيع الطّعام بالطّعام ليس يداً بيدٍ، إذا كان قبل الأجل».

[٢١٢]- (ومـن أسـلم في طعـامٍ أو عروضٍ فحلّـت، فلا يجوز أن يقيـل من بعضها ويأخذ بعضها).

قـال في شـرح التفريع [٧/ ٤٤٣]: «قـال الأبهري رحمة الله عليه: لأنّـه لما أقال من بعضـه وردّ بعـض رأس ماله بعـد أن انتفع بـه، صار بيعـًا وسـلفـًا، وقد نُهِـيَ عن بيعٍ وسلفٍ. وأما الإقالة في جميع ما أسلم فيه، فلا خلاف في ذلك».

استبدال الطّعام المباع بثمنٍ مؤجّلٍ بطعامٍ غيره

[٢٢٢]- (ومن باع شيئـًا من الطّعام كلّه مما فيه الربا أو لا ربا فيه بثمنٍ إلىٰ أجلٍ، فلا يجـوز أن يأخـذ بثمنه عند أجله ولا قبل أجله ولا بعده شـيئـًا من الطّعام، من جنس ما باعـه أو من غير جنسـه، إلّا أن يكـون من النّوع الذي باعه بعينـه، ويكون مثل مكيلته، وفي جودته وصفته).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٤٣]: «وإنّما قال ذلك؛ لأنّه ذريعةٌ إلىٰ بيع الطّعام بالطّعام إلىٰ أجلٍ، فتسمية الثّمن لغوٌ.

قـال الأبهري رضي الله عنه: وذلك غير جائزٍ؛ لأنّ النّبـيّ ﷺ قال: «الحِنْطَةُ بِالحَنْطَةِ رِبـًا، إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ»، فليس يجوز في الطّعام بالطّعام تأخيرٌ.

ومالكٌ رضي الله عنه ينظر إلىٰ الفعل، فإن كان حسنـاً جاز وإن قبح القول، وإن قبح الفعل لم يجز وإن حسن القول، وفعل هذين قبيحٌ؛ لأجل طعام بطعامٍ متأخّرٍ.

وإذا كان من نوع طعامه في الكيل والجودة والصّفة جاز، لأنّ أمرهما لا يُحمَل علىٰ بيع طعامٍ بطعامٍ إلىٰ أجلٍ؛ إذ لا فائدة فيه فيتّهَمَان أنّهما قصداه، وإنّما يحملان علىٰ القرض أو الإقالة».

فيما يجوز تأخير الثّمن فيه عن المثمن، أو المثمن عن الثّمن

[٢٢٣]- (ولا بأس بالسّلم في اللّحم والخبر، وفي الفواكه كلّها: رطبها ويابسها).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٤٥]: «اعلم: أنّ السّلم في اللّحم والشّحم جائزٌ؛ وذلك بأربعة شروطٍ:

أحدها: تسمية الجنس: ضأناً أو معزاً أو غير ذلك.

والثّاني: السن: جذعاً أو ثنيّاً أو رباعياً.

والثّالث: أن يكون ذكراً أو أنثىٰ، فحلاً أو خَصِيّاً.

والرّابع: أن يكون وزناً معلوماً، فإن لم تذكر هذه الأشياء لم يجز السلم.

قال الأبهري: رضي الله عنه: ولأن ذلك غررٌ وقد نهىٰ النّبيّ ﷺ عن بيع الغرر».

[٢٢٤]- (قال مالكٌ رضي الله عنه: وإن لم يجد ما يسلف فيه من لحم الضّأن، فلا بأس أن يأخذ مكانه غيره، أو يأخذ بالباقي ما شاء من لحمٍ أو غيره، من صنفه أو من غير صنفه، إذا كان ذلك كلّه قبل أن يفارقه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٤٥]: قال الأبهري رحمه الله: إذا أخذ لحماً من صنف لحمه، كان لحماً بلحمٍ مثله، فلا بأس به، وإن أخذ غير لحمه فلا بأس به، وكأنّه اشترىٰ ما بقي عليه من ثمنٍ لحمِهِ لحماً آخر أو طعاماً أو عرضاً أخذه مكانه، فلا بأس بذلك.

فإن لم يقبضه في الحال، صار ديناً بدينٍ، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عنه».

[٢٢٥] – (ولا بأس أن يؤخر المشتري نقد ثمنه إذا شرع في أخذ مثمونه، ولا يجوز أن يتأخر الثّمن والمُثمَنُ جميعًا)؟

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٤٧]: «وإنّما قال: يجوز للمشتري أن يؤخر نقد ثمنه إذا شرع في أخذ مثمنه؛ لأنّه لا يكون دينًا بدينٍ؛ لأنّ أحد الجانبين قد شرع في قبضه.

قال أبو بكر الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ هذا يجري مجرىٰ الأعيان، وإنما يُؤَخَّرُ قبضُهُ لحاجتهم إلىٰ أخذه أوّلاً فأوّل، فجاز تأخير هذه لهذه العلّة؛ وإنّما الذي لا يجوز: الدّينُ بالدّينِ».

السلم فيما ليس عند البائع أصله، والسلم المعلق بشجرةٍ أو أرضٍ معيّنةٍ

[٢٢٦] – (ولا بأس بالسّلم في حنطة قريةٍ معيّنةٍ، إذا كانت كثيرة الزّرع لا تُخْلِف عن القدر الّذي أسلم فيه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٥٢]: «قال الأبهري رحمه الله: لأنها إذا كانت مأمونةً، فالأغلب أنّ طعامها يسلم منه ما يستوفي المشتري ما اشتراه، وشراء ما الأغلب فيه السّلامة جائزٌ؛ لأنّ البياعات لا تخلو من غررٍ يسيرٍ، فإذا كان غالبها السّلامة جاز، وإذا كان غالبها الغرر لم يجز.

هذا أصل البياعات والإجارات؛ لأنّها موضوعةٌ علىٰ المعاوضات».

فيما يجوز من القرض وما لا يجوز

[٢٢٧] – (قال مالكٌ رحمه الله: ولا خير في السفتجة، ولا يجوز العمل بها، والذي يُسَهَّل فيه من ذلك: أن يكون الذي يريد أن يأخذ المال هو الطالب).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٥٧]: «قال الأبهري رحمه الله: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ المنفعة إذا كانت لدافع المال، كان قرضًا جرَّ منفعةً؛ لأنّه أقرضه مالاً انتفع بإجراره، وأَخَذَهُ في موضع يريده، وكلّ ذلك قرضٌ يجرّ منفعةً.

وهو غير جائزٍ إذا كانت المنفعة للمعطي، فإذا كانت للمعطَىٰ جاز؛ لأنّ المقرِض فعل معروفًا ولم يقصد جرّ منفعةٍ، وكلُّ معروفٍ صدقةٌ، كما قال رسول الله ﷺ».

مكان قضاء القراض ووقته

[٢٢٨]- (ومن اقترض قرضًا فلم يشترط للقضاء موضعًا، فإنّه يلزم المقترِض القضاء في الموضع الذي اقترضه فيه.

ولو لقيه في غير الموضع الذي أقرضه فيه وطالبه بالقضاء، لم يلزمه ذلك، ولزم أن يوكّل من يقبضه عنه في البلد الذي أقرضه فيه).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٥٨]: «قال الأبهري رضي الله عنه: واختلاف البلدان كالآجال؛ لأنّ غرض النّاس يختلف في البلدان والحمل والمؤنة، كما يختلف غرضهم في أوقات الطعام، وتتغيّر فيها الأسعار».

[٢٢٩]- (ولو اصطلحا علىٰ القضاء في بلدٍ آخر، كان ذلك جائزاً إذا كان بعد حلول الأجل، وإن كان قبل حلوله لم يجز).

قال في شرح التفريع [٧/ ٤٥٩]: «قال الأبهري رحمه الله: وإنما لم يجز أن يصطلحا علىٰ القضاء قبل الأجل، كان ذلك من بيعٍ أو قرضٍ؛ لأنّه إن قضىٰ فوق شرطه، فقد زاده لإسقاط الضّمان عنه، وإن كان دون شرطه، فقد حطّ عنه لتعجيله قبل وقته أو في غيره موضعه الذي قبضه فيه، وذلك غير جائز.

وإذا تبرّع بالقضاء جاز ذلك، إذا ردّ مثل الطّعام الذي عليه، لا زيادة ولا نقصان في الجودة والكيل».

باب بيع الثمار قبل بدو صلاحها

[٢٣٠]- (ولا يجوز بيع الثّمار علىٰ التّبقية قبل بدوّ صلاحها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٥]: «والأصل في ذلك ما روي عن النّبيّ ﷺ: «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّىٰ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، نَهَىٰ البَائِعَ والمُشْتَرِي» خرّجه مسلم.

وخرّج أيضًا عن ابن عمر رضي الله عنه أنّه قال، قال رسول الله ﷺ «لَا تَبْتَاعُوا الثَّمَرَ حَتَّىٰ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ وَتَذْهَبَ عَنْهُ الآفَةُ»، وبدو صلاحه: حمرته وصفرته.

قال الأبهري رحمه الله: معنىٰ النّهي - والله أعلم - لكثرة الغرر فيها إذا بيعت

علىٰ التّبقية قبل بدوّ صلاحهـا، ولقلّة الانتفاع بها في هذه الحال مـع تبقيتها، فإذا بدا صلاحها، قلّ الغرر فيها وكثر الانتفاع بها؛ لأكل النّاس منها، فلا يقصدون سواها إلىٰ الغرر بالقطع».

[٢٣١]– (ولا بأس ببيعها علىٰ القطع قبل بدوّ صلاحها، ولا بأس ببيعها علىٰ التّبقية بعد بدوّ صلاحها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٧]: «وأمّا قبل بدوّ صلاحها، فليس يجوز بيعها علىٰ التّبقية؛ لعدم حصول الانتفاع بها، فأمّا بيعها علىٰ القطع فإنّه يجوز.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ منفعة ما اشـتراه تحصل له في الحال إذا قطع، فبيعه جائزٌ، وإنّما الممنوع من بيعه ما لم يبدُ صلاحه من التمر وغيره علىٰ التّبقية؛ لأنّ ذلك غررٌ، لا منفعة فيه للمشتري في الحال، ولا يدري هل تحصل المنفعة من ذلك أم لا».

[٢٣٢]– (ومـن بـاع ثمرةً قبـل بدوِّ صلاحها ولم يشـترط قطعهـا ولا بقاءها، فالبيع باطلٌ، وكذلك إن اشترط قطعها فبقّاها مشتريها، فالبيع باطلٌ، وتُردُّ الثّمرة علىٰ بائعها والثّمن علىٰ مشـتريها، فإن فاتت في يد مشـتريها، ضمن مكيلتها إن كانت معلومةً، أو قيمتها إن كانت المكيلة مجهولةً، وله ما أنفق عليها في سقيها وجذاذها).

قـال في شـرح التفريـع [٨/ ٨]: «اختلف فيمن اشـترىٰ ثمرةً قبل بـدوّ صلاحها ولم يشـترط جـذاذاً ولا تبقيةً، هل يحمل البيـع علىٰ الجذاذ فيكون جائـزاً، أم علىٰ التّبقية فيكون فاسداً:

فقال ابن القاسم: إذا اشترىٰ ثمرة قبل بدوّ صلاحها فجذّها مكانه فالبيع جائزٌ.

وقـال ابن القصار: البيع فاسـدٌ حتىٰ يشـترط الجـذاذ، وبه قال القاضـي عبد الوهاب والأبهري رضي الله عنهما».

وقـال أيضـاً في [٨/ ٩]: «إذا ثبت هذا، فمن اشـترىٰ ثمرةً قبل بـدوّ صلاحها، فتركها حتىٰ بدا صلاحها، أو رطبت ثمّ جذّها، فالبيع فاسدٌ، ويكون علىٰ المشتري قيمتها يوم جذّها إن كانت رطباً، قاله ابن القاسم.

وإن جذّها ثمراً، كان عليه مكيلتها، يريد إذا فات ذلك.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ كلّ من أسلف شيئاً مما يكال أو يوزن، فعليه ردّ مثله كيلاً أو وزناً، لا قيمة ذلك، وإن كان قائماً، ردّه بعينه، وإن فات بعضه وبقي بعضه، ردّ بقيته. وتردّ قيمة الرّطب أو مكيلة التّمر علىٰ ما ذكرنا».

بيع الثمار بعد طيبها

[٢٣٣]- (وإذا كان في الحائط نخلٌ، فطاب بعضه، جاز بيعه كلّه إذا كان طِيبُهُ متتابعاً متلاحقاً، فإن طاب منه مُبَكِّرُهُ، لم يبع معه مُتَأَخِّرُهُ، وبيع المبكّر وحده).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٢]: «وإنّما مَنَع أن يباع معه متأخره؛ لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الثّمار حتىٰ يبدو صلاحها.

قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنه لا تؤمن فيه الجائحة إذا بيع في هذا الوقت، فيكون بيعه غرراً وقد نهىٰ النّبيُّ ﷺ عن بيع الغرر».

[٢٣٤]- (وإذا كان في الحائط نوعان من النّخل: صيفي وشتوي، لم يبع أحدهما بطيب الآخر، وكلّما طاب نوعٌ بيع وحده ولم يبع بطيب غيره).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٢]: «قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ ما بينهما من الوقت منقطعٌ غير متّصل، فلا يجوز بيع الثّاني مع الأوّل، كما لا يجوز بيع ثمرة السّنة الثّانية مع الأولىٰ؛ لأنَّ ذلك غررٌ، لا يدرىٰ أيكون أم لا، وكيف يكون، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن بيع الغرر».

[٢٣٥]- (وإذا كان في الحائط أصنافٌ من الثّمار، كالتفّاح والنّخل والرمّان والخوخ والتّين وغير ذلك من الثّمار، فطاب منها صنفٌ واحدٌ، بيع وحده).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٣]: «قال أبو بكر الأبهري رضي الله عنه: وليست كالتّمر والعنب أنّ بعضه يباع بصلاح بعضٍ؛ لأنّ ذلك كلّه صنفٌ واحدٌ، وحكمه حكمٌ واحدٌ، وليس كذلك أصناف الفواكه؛ لأنّها مختلفة الأصناف، فلكل صنفٍ منها حكمه.

ولأنّ ذلك يؤدي إلىٰ بيع الثّمار قبل بدوّ صلاحها، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن ذلك».

بيع المقاثي والمباطخ

[٢٣٦]- (ولا بأس ببيع المقاثي والمباطخ إذا بدا صلاحها وأمكن الانتفاع بها، وإن لم تظهر جميع ثمرتها، ثمّ يكون للمشتري جميع بطونها إلىٰ آخر إبّانها).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٤]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما جاز بيع هذه الأشياء إذا بدا صلاح أوّلها، وإن كانت بُطونها متأخّرةً؛ لأنّه لو منع من بيع ما ثد بدا صلاحه حتىٰ يخرج كله ويبدو صلاحه؛ لأضرّ ذلك به، ولفسد ما قد خرج منه، فجاز له بيعه كلّه، وهو في ذلك بخلاف بيع القرط.

والفرق بينهما: أنّ المقاثي والمباطخ كلّ بطنٍ منها متتابعٌ، لا ينفرد بطنٌ عن الآخر، فلو كلّفناهم بيع كلّ بطن علىٰ حدةٍ، كان في ذلك حرجٌ ومشقّةٌ، إذ لا تنفصل بطنٌ عن الأخرىٰ، بل تختلط ولا تتعيّن، بخلاف القرط، فإنّ كان بطنٍ منه منفصلٌ عن الآخر انفصالاً تامّاً».

وقال أيضاً في [٨/ ١٥]: «فإن قيل: كيف جاز بيع البطون التي لم تخلق، ببدوّ صلاحها أوّل بطنٍ، وإنما جاز أن يباع آخر الثّمر بطيب أوّلها؛ لأنّها مخلوقةٌ؛ وإنّما تزداد حلاوةً وهذه بطنٌ بعد بطنٍ؟

قيل له: ذلك كاتّصال خروج اللّبن في الظئر، فإنّه يتجدّد كلّ يومٍ، وقد أجاز الله تعالىٰ الإجارة علىٰ ذلك، والإجازة بيعٌ.

قال الأبهري رضي الله عنه: ومما يدلّ علىٰ صحّة ما قلناه: أنّ الله تبارك وتعالىٰ قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[الطلاق:٦]، فأباح الإجارة في الرّضاع وهو بيع اللّبن، وذلك غير مرئيّ ولا موجودٍ، وإنّما أجيز ذلك للحاجة إليه، فكذلك ما ذكرناه من بيع المقاثي، أجيز ذلك للحاجة إليه والضّرورة».

بيع البقول والقرط والقضب

[٢٣٧]- (ولا يجوز بيع القرط والقضب حتّىٰ يفنىٰ، ولا بأس ببيعه جزّاتٍ معلوماتٍ).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٦]: «قال الأبهري: ولأنّه بطونٌ وتقصر، وهي مجهولةٌ، وليس هو كالمقاثي؛ لأنّ وقتها معلومٌ.

ولأنّه لا يدرىٰ بقيّة البطون كيف تكون، وذلك غررٌ، وإنّما يجوز بيعه إذا بلغ أن يُرعىٰ أو يحصد، لا قبل ذلك؛ لأنّ ذلك غررٌ».

بيع الموز والورد والياسمين

[٢٣٨]- (ولا يجوز بيع الموز حتىٰ يبدو صلاحه، فإذا بدا صلاحه جاز بيعه، ويضرب له أجلٌ ينتهي إليه).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٦]: «قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ الموز يبقىٰ مدّةً طويلةً، وهو بطونٌ تخرج أوّلاً فأوّلاً، فاحتيج إلىٰ ضرب الأجل ليعلم المشتري ما اشتراه، وإذا لم يضرب الأجل، كان ما اشتراه مجهولاً وذلك غير جائزٍ».

[٢٣٩]- (ولا بأس ببيع الورد والياسمين إذا أمكن قِطافه، ثمّ يكون بعد ذلك للمشتري إلىٰ آخر إبّانه، ولا يجوز بيعه سنين عدّةً).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٧]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما جاز بيع الورد والياسمين إذا أمكن قطافه إلىٰ آخر إبّانه؛ لحاجة صاحبه إلىٰ البيع وحاجة المشتري إلىٰ الشّراء، ولو منع من بيع ما بدا صلاحه حتىٰ يخرج كلّه، لأضر ذلك به، ولفسد ما خرج منه، فجاز أن يباع كلّه.

ولا يجوز أن يباع سنين عدّةً؛ لأنّه مجهولٌ، إذ لا يدرىٰ ما يحصّلُ منه في باقي السنين».

بيع الزرع

[٢٤٠]- (ولا بأس ببيع الزّرع إذا يبس واشتدّ، ولا بأس ببيعه بعد جذاذه إذا كان حِزمًا).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٨]: «اختلف في بيع الزرّع إذا اشتدّ واستغنىٰ عن الماء، هل يجوز أم لا؟

فقال مالك رضي الله عنه: يجوز، ومنعه الشافعي رضي الله عنه.

ودليلنا: ما روي عن النّبيّ ﷺ: «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّىٰ يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ العَاهَةَ»، خرّجه مسلم.

قال أبو بكر الأبهري رحمه الله: ولأنّ ذلك بدوّ صلاح الزّرع ووقت الانتفاع به، ولا يُنتفع به قبل ذلك إلّا باليسير منه، كما لا يُنتفع بالثّمرة قبل بدوّ صلاحها إلّا باليسير منها، فإذا بدا صلاحها انتفع بها، وهكذا الزرّع إذا يبس انتفع به، فلذلك جعله حدّاً لجواز البيع.

قال الأبهري رضي الله عنه: ومن منع بيعه بعد أن يبيضّ فقد خالف هذا الحديث الصّحيح.

وأما بيع الحنطة في سنبلها غير مفردةٍ عن السنبل فغير جائزٍ بالإجماع».

بيع الأصول مع ثمرها مؤبرةً وغير مؤبرةٍ

[٢٤١]- (وإن أبّر بعضها ولم يؤبّر البعض، فإن كان ما أبّر مثل ما لم يؤبّر، فالمؤبّر للبائع وغير المؤبر للمبتاع، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر، ففيها روايتان: إحداهما: أنّ الأقل تبعٌ للأكثر، والأخرىٰ: أنّ ما أبّر للبائع وما لم يؤبّر للمبتاع).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٢]: «قال الأبهري رضي الله عنه: ألا ترىٰ: أنّ القصر والفطر في السّفر إنّما جعل رخصةً من أجل مشقّة السّفر التي تلحق النّاس، وإن كان النّادر من النّاس لا يلحقهم ذلك، غير أنّ الحكم للأغلب، فكذلك هنا الحكم للأغلب في إبار النّخل والتّمر، فجعل القليل تبعاً للكثير».

[٢٤٢]- (ومن اشترىٰ أرضاً وفيها زرعٌ صغيرٌ لم يبد صلاحه ولم يذكره البائع في عقدة البيع، ففيها روايتان:

إحداهما: أنّه للبائع، والأخرىٰ: أنّه للمبتاع).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٢]: «قال أبو بكر الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قلنا: إنّ من باع أرضاً وفيها زرع لم يُلَقَّح أنّه للمبتاع، وإن كان قد لقِّحَ فهو للبائع، وذلك

بمنزلـة النّخـل إذا بيعت وقد أبّرت، فثمرتها للبائع إلّا أن يشـترطه المبتاع، وإذا بيعت قبل أن تؤبّر، فهي للمبتاع، وقد روّينا ذلك عن النّبيّ ﷺ.

وقد اختلف قول مالكٍ رضي الله عنه في هذه المسألة:

فروىٰ أشهب وابن عبد الحكم هذا القول الذي حكيناه.

وقال ابن القاسـم عن مالكٍ: إنّ الزّرع كلّه للبائع، صغيراً كان أو كبيراً إلّا أن يشـترطه المبتاع.

ووجه هذا القول: أنّ الزّرع مخالفٌ للثّمرة؛ لأنّ الزّرع هو شـيءٌ يضعه البائع، فأشـبه ذلك ما دفنه فيها، فذلك للبائع، وكذلك الزّرع هو للبائع، والثمرة ليسـت شيئـًا وضعه البائع فيها.

فإن قيل: إنّ الزرع بمنزلة النّخل يكون للمشتري، وإن كان قد وضعه البائع؟

قيـل: بينهمـا فرقٌ، وهو أنّ النّخـل وضعت علىٰ التأبيد، ليس إلـىٰ وقتٍ يتناهىٰ، فهي بمنزلـة البنيـان، وأمّا الـزرع فهو إلىٰ وقتٍ يتناهـىٰ، فكان للبائع لهـذه العلّة، ولم يتبع الأرض».

بيع الثمار علىٰ رؤوس الأشجار والاستثناء منها

[٢٤٣] – (ولا بأس أن يبيعها جزافـًا ويسـتثنىٰ منها كيلاً معلومـًا إذا كان يسـيراً، قدر ثلثها أو أدنىٰ منه)

قـال في شـرح التفريـع [٨/ ٢٦]: «قـال الأبهري رضي اللـه عنه: قال مالـكٌ: الأمر المجتمع عليه عندنا، أنّ له أن يسـتثني مـا بينه وبين الثلاث، لا يجاوز ذلك، وعن ابن أبي سلمة مثله».

[٢٤٤] – (ومن باع حائطـًا جزافـًا واستثنىٰ منه كيلاً معلومـًا، فأراد بيعه قبل أن يستوفيه من المشتري، ففيها روايتان:

إحداهما: جواز بيعه، والأخرىٰ: منعه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٧]: «قال الأبهري: رضي الله عنه: ولأنّه إنّما نهي عن بيع الطّعام قبل قبضه إذا اشتراه، وهذا لم يشتر شيئًا، وإنّما بقي الآصع علىٰ ملكه.

وإن قلنا: «إنّه مشترٍ»، فلا يجوز، لأنّه يدخله بيع الطّعام قبل قبضه، وذلك منهيٌّ عنه.

[٢٤٥]- (قال مالكٌ: ومن باع حائطًا واستثنىٰ منه آصعًا معلومةً، فأصيب ربع الحائط، فلا وضيعة فيه من الثّمن، ولا من الثنيّا، والمصيبة من المشتري).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٨]: «قال الأبهري: إنّما قال ذلك؛ لأنّ الجائحة لا توضع في أقلّ من الثّلث، وإنّما توضع في الثّلث فما فوقه.

وأمّا قوله: ولا من الثنيّا، فلأنّ البائع إنّما باع ما زاد علىٰ الثنيّا واشترط علىٰ المشتري أن يبدئه بما استثناه، فما بقي بعد الاستثناء فهو للمشتري، فلهذا قال: ليس علىٰ البائع من المصيبة في الاستثناء شيءٌ».

[٢٤٦]- (قال مالكٌ رضي الله عنه: فإن أصيب الثّلث فقد اختلف فيه، وأحبّ إلينا أن تكون الأوسق المسمّاة فيما بقي من الحائط، وتوضع عنه الجائحة.

وقيل: بل تكون الجائحة في الأوسق وفي الثّمرة علىٰ قدر ذلك، والأوّل أحبّ إلينا).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٩]: «قال الأبهري: ووجه قول مالكٍ رضي الله عنه: إنّ الأوسق المسمّاة تكون فيما بقي من الحائط؛ فلأنّ البائع إنّما باع ما عدا الأوسق، وبقّیٰ الآخر علىٰ ملكه، فلا جائحة فيها.

ووجه قوله الآخر أنّ الجائحة في الأوسق وفي غيرها: هو أنّ البائع شريكٌ للمشتري في الثّمرة بقدر الأوسق؛ لأنّها ليست بعينها، فالمصيبة بينهما بقدر ملكيها، ثمّ توضع عن المشتري الجائحة التي أصابته ؛ لأنّ رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح.

وهذا القول هو الصّحيح، أنّ المصيبة تكون علىٰ البائع والمشتري؛ لأنّهما شريكان في الثّمرة، فلزم كلّ واحدٍ من الجائحة بقدر ملكه، ثمّ يُوضع عن المشتري من الجائحة في مقدار ما اشتراه؛ لأنّه الثّلث».

باب العرايا



[٢٤٧]- (قال مالكٌ رضي الله عنه: ولا بأس بالعريّة، وهي هبة ثمر النّخل والشّجر).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٢]: «قال الأبهري: وإنّما جوّزت العريّة؛ لأنّه معروفٌ يفعله الإنسان، وذلك فعل خيرٍ، وقد قال تعالىٰ: ﴿وَٱفۡعَلُواْ ٱلۡخَيۡرَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾[الحج:٧٧]، وكان رسول الله ﷺ يأمر مصدّقيه أن يُخَفِّفُوا، وقال: «إِنَّ فِي المَالِ العَرِيَّةَ وَالوَصِيَّةَ»».

[٢٤٨]- (ومن ملك عريّةً فلا يجوز له بيعها حتّىٰ يبدو صلاحها، فإذا بدا صلاحها جاز بيعها من المُعرِي وغيره بالدّنانير والدّراهم، ولم يجز بيعها بالثّمر من غير مُعرِيها، ويجوز بيعها من المُعرِي خاصَّةً بخرصها تمراً يعطيه إيّاه عند جذاذها، ولا يعجّله قبله، ولا يؤخّره بعده، وذلك إذا كان قدرها خمسة أوسقٍ فما دونها، ولا يجوز فيما فوقها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٤]: «واختلف: هل تباع بخرصها نقداً:

فمنعه مالكٌ وابن القاسم.

قال الأبهري: لأنّه يصير بيع تمرٍ برطبٍ نقداً وذلك غير جائزٍ».

وقال أيضاً في [٨/ ٣٥]: «وأمّا قوله: ولا يؤخره بعده، فلأنّه إذا أخّره خرج عن الرّخصة وصار مزابنةً.

وقد روىٰ حماد بن سلمة، عن أيوبٍ، عن نافعٍ، عن ابن عمر: «أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَىٰ عَنِ المُزَابَنَةَ»، قال أيّوب: «ورخَّص رسول الله ﷺ في العرايا: النّخلة والنّخلتين توهبان للرّجل، فيبيعها بخرصها تمراً».

قال الأبهري رضي الله عنه: فلهذا قال مالكٌ رضي الله عنه: إنّه يجوز أن يبيعها بخرصها تمراً إلىٰ أجلٍ؛ لأنّ المُعرِي لم يقصد بشراءها طلب الفضل والفخر، وإنّما أراد التّخفيف عن نفسه بقطع طريق المعري إلىٰ حائطه ودخوله وخروجه؛ لأنّ ذلك يشقّ عليه.

فإن قيل: لم اقتصر مالكٌ رضي الله عنه علىٰ خمسة أوسقٍ، وقد شكّ الرّاوي في الخمسة؟

قيل له: قد قيل: إنّ الشكّ قد دخل علىٰ الرّاوي في الخمسة فما فوق، وما دونها غير محدودٍ، فوجب أن يقتصر علىٰ الخمسة أوسق المحدودة، إذ هي أصلٌ في الزكاة.

وروىٰ أبو الفرج عن مالكٍ رضي الله عنه، أنّه لا يُشترىٰ من العرايا بخرصها إلّا أقلّ من خمسة أوسقٍ.

وهو أحسن؛ إذ الخمس مشكوكٌ فيها».

[٢٤٩]- (ومن أعرىٰ نفراً شتّىٰ عرايا عدَّةً، فلا بأس أن يشتري من كلّ واحدٍ منهم عريّته إذا بدا صلاحها بخرصها تمراً، إذا كان قدرها خمسة أوسق فما دونها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٥]: «قال الأبهري رضي الله عنه: ولا يجوز أن يشتري من كلّ واحدٍ أكثر من خمسة أوسقٍ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ أرخص في بيع العريّة بخرصها في خمسة أوسقٍ فدون، فجاز بهذا الخبر شراء العريّة إذا كانت خمسة أوسقٍ، سواءٌ كان المعري واحداً او جماعةً، في أنّه يجوز أن يشتري من المتقدّم خمسة أوسقٍ فدون.

وكذلك من كلّ واحدٍ من الجماعة إذا أعراهم أوسقاً كثيرةً، إذ لا فضل في حكم العريّة وشرائها بين المعري الواحد والجماعة، ومن المعري الواحد والجماعة منهم، والله أعلم.

ويجوز أن يشتري نصيب أحدهم إذا أراد المعروف أو قصد رفع الضّرر؛ لأنّه يصحّ في الوجهين جميعاً، والمضرّة ترفع عن المعري من دخول هذا وخروجه، وقد يتأذىٰ بواحدٍ دون أصحابه.

فإن أعرىٰ جماعةٌ رجلاً واحداً بعض حائطٍ، وكانت عريّة كلّ واحدٍ خمسة أوسقٍ، جاز لجميعهم شراء تلك العريّة».

باب وضع الجوائح

[٢٥٠]– (ومن اشترىٰ ثمرةً قد بدا صلاحها، فأصابها جائحةٌ فأتلفت ثلث مكيلتها فصاعداً، سقط عنه من ثمنها بقدر ما تلف منها.

فإن كان ما تلف منها أقلّ من ثلث مكيلتها، فمصيبة ذلك من مشتريها، ولا يرجع علىٰ البائع بشيءٍ من ثمنها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٧]: «قال الأبهري رضي الله عنه ولمّا أمر النّبِيّ ﷺ بوضع الجوائح، كان وضعها واجباً إلّا أن تقوم الدّلالة علىٰ أنّ ذلك ليس بواجبٍ، وليس هذا من المواضع التي يقال: إنّه ندبٌ؛ لأنّه لا يحكم بين المتخاصمين علىٰ وجه النّدب.

فإن قيل: إذا كان الخبر صحيحاً، فضع الجائحة قليلها وكثيرها، فأمّا أن يكون الثلث فصاعداً، فلا وجه له؟

قيل له: ظاهر الحديث يدلّ علىٰ أنّ القليل لا يوضع؛ لأنّ رسول الله ﷺ إنّما أمر بوضع الجوائح، وكانت الجائحة في لسان العرب إنّما هي فيما كَثُرَ ذَهَابُه دون ما كان قليلاً؛ لأنّه لا يقال لمن ذهب درهمٌ من ماله وهو يملك ألوفاً كثيرةً: «إنّ ماله أجيح»، فلمّا كان كذلك، ثبت أنّ اسم الجائحة لا يقع علىٰ ذهاب اليسير.

وأمّا من جهة المعقول: فإنّه ملعومٌ أنّ المشتري إنّما دخل علىٰ ذهاب اليسير من الثّمرة؛ لأنّه لا بد أن يسقط منها اليسير، ويأكل منها الطّير وغير ذلك، فلمّا كان كذلك، لم يجب علىٰ البائع أن يضع عن المشتري القدر الذي دخل عليه حتّىٰ يكثر، فيلزمه أن يضع عنه للخبر.

وأقلّ حدّ الكثير من الشّيء ثلثه، بدليل قول النّبِيّ ﷺ لسعدٍ: «الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ»، فجعَلَ الثُّلُثَ كثيراً».

الجائحة بسبب نقصان المياه

[٢٥١]– (وما كان من نقصان الشُّربِ، فإنّه يوضع قليله وكثيره).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٤١]: «قال الأبهري: لأنّ علىٰ البائع أن يسـقي الثّمرة حتىٰ يجذّها المشـتري، فمتىٰ انقطع الماء، كان ذلك عيبـًا لحق الثّمرة من سببه، فهو بمنزلة عيبٍ يكون عند البائع، فللمشتري أن يردّ السّلعة في قليل ذلك وكثيره، أو يأخذ أرشه إن كان قد فات في يده».

وقال أيضـًا: «قال اللخمي رضي الله عنه: واختلف في الماء يشـتريه رجلٌ ليسـقي به شهراً أو شهرين، فينتقص بعضه...

قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما جاز بيع الماء يومـًا أو أكثر؛ لأنّه يعرف في الأغلب مقـداره، فأمّا وضع الجائحة فيه، فكوضعها في الثّمرة؛ لأنّ الماء لا يبقىٰ علىٰ حدٍّ، إذ لا بد أن ينقص أو يزيد، فأشـبه ذلك الثّمرة؛ لأنّه لا بدّ من سـقوط يسيرها، فعلىٰ ذلك دخل المشتري.

فأمـا إذا كثـر ذلك، بأن يكون ثلثه فأكثر، فإنّه يرجع علىٰ البائع بمقدار ذلك من الثّمن، كمـا يرجع عليـه في الثمرة؛ لأنّ الماء يؤخـذ أوّلاً فأوّلاً ويُنتَفع بـه كذلك، ولا يمكن المشـتري أخـذه كلّه في الحال، كمـا لا يمكنه أخذ الثّمرة في الحـال إذا لم تتناهَ، لأنّ ذلك يضرّ به؛ وإنما يأخذها أوّلاً فأوّلاً وينتفع به كذلك».

الجوائح في المقاثي والمباطخ والبقول

[٢٥٢] - (ومن اشترىٰ بقلاً فأصابته جائحةٌ، ففيه ثلاث روايات:

إحداهنّ: أنّه بمنزلة الثّمار، يوضع الثّلث فما فوقه، ولا يوضع ما دونه.

والروّاية الثّانية: أنّه يوضع قليله وكثيره.

والرّواية الثّالثة: أنّه لا يوضع منه شيءٌ، قلّ أو كثر).

قال في شرح التفريع [٨/ ٤٣]: «ووجه قوله: إنّه لا يوضع منها شيءٌ، فلأنّها تباع وهي غير محتاجةٍ إلىٰ تبقيةٍ في موضعها.

قال الأبهري: لأنّ المشـتري يقدر علىٰ قطع ما اشـتراه في الحال، وليس لتناهيه يتوقع

كما يكون ذلك في الثّمرة، فلمّا فرّط مشتري البقل في أخذه مع قدرته عليه، لم يرجع علىٰ البائع بشيءٍ من الثّمن».

لا جائحة عند الحصاد

[٢٥٣]- (ولا جائحة في ثمرٍ عند جذاذه، ولا في زرعٍ عند حصاده).

قال في شرح التفريع [٨/ ٤٤]: «لأنه قد انتهىٰ ووصل إلىٰ الغاية، ولم يبق له إلّا القطع، فلا جائحة تلزم البائع فيه.

قال الأبهري: ولأنّه لا ضرورة إلىٰ بقائها بعد تناهيها، فإذا تركها فقد ضيّع، فمن قِبَلِهِ أتِيَ، ولا يرجع علىٰ غيره.

فأما قبل أن تيبس، ففيه جائحةٌ إلىٰ بقائها حتىٰ تتناهىٰ، وهو غير مفرّطٍ في ذلك، وعلىٰ ذلك دخل البائع والمشتري، فقد بقي علىٰ البائع حقُّ التّوفية حتىٰ تيبس وتنتهي ويصل إلىٰ غرضه منها».

فيمن ابتاع ذهبًا بورقٍ، ثمّ وجدها ناقصةً

[٢٥٤]- (ومن ابتاع ذهباً بورقٍ، ثمّ وجدها ناقصةً، فإن طلب التّمام، انتقض صرفه، وإن رضي بالنّقصان، صحّ صرفه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٤٩]: «قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّه لم يتأخّر القبض عن العقد حين لم يردّ الدّرهم؛ وإنّما الممنوع من ذلك أن يتأخّر القبض عن حال العقد؛ لأنّ شرط القبض في الصرف أن يكون: «هاء وهاء»، كما قال النّبيّ ﷺ، فمتىٰ خالف ذلك انتقض الصّرف، ومتىٰ كان كذلك كان جائزاً وكان صحيحاً.

وإن طلب التّمام انتقض الصّرف كلّه؛ لأنّ القبض يكون متأخّراً عن العقد.

وإن وجد أحدهما زائداً عنده علىٰ ما عقد عليه الصّرف، فإنّه يردّ الزّائد؛ لأنّه لم يعقد عليه صرفٌ، ويُمضِي ما سواه».

[٢٥٥]- (قال مالكٌ رضي الله عنه: ولو نسي المبتاع عنده بعض الدّرهم، كان أحب إلينا أن يناقضه)

قال في شـرح التفريع [٨/ ٥٠]: قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قال ذلك؛ لأنّه لم يتعمّد التّأخير، فيكون قد فعل ما هو ممنوعٌ منه، فلا ينتقض صرفه بالقياس، والاختيار أن يناقضه؛ لدخول التأخير فيه».

فيما لو وجد في الصرف شيئًا رديئًا

[٢٥٦]- (ولو وجد فيها رديئًا فأراد ردّه، انتقض صرفه، وإن رضي بعيبه، تمّ صرفه).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٥٠]: «وأجاز أشـهب أخذ البدل في الصّرف بغير شـرطٍ، ومنعه مالكٌ رضي الله عنه.

قال الأبهري رحمه الله: لأنّه لم يقع قبض الدّراهم في حال العقد متىٰ ردّه، فلا يجوز البدل؛ لأنّه يتأخر عن العقد ويزول ما شرطه النّبيّ ﷺ من قوله: «الذَّهَبُ بِالوَرِقِ رِبًا، إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ».

فـإذا كانت دنانير، انتقض صرف دينارٍ واحدٍ؛ لأنّ كلّ دينارٍ منفردٌ بنفسـه، فلا ينتقض غيره به.

قال: وإنّما ينتقض الصّرف في دينارٍ واحدٍ؛ لأنّ الدّينار لا يجوز كسره، وذلك مكروهٌ. ولا يجـوز أن يشـتركا فـي الدّينار بمقدار مـا ردّه من الدّرهم؛ لأنهّ لا يجـوز أن يفترقا وبينهما علقةٌ، وإن كان قد أنفق الدّراهم، ردّ مثلها».

بدل الدنانير والدراهم المختلفة الوزن

[٢٥٧]- (ولا بـأس ببدل الدّنانير والدّراهم: النّاقصة بالوازنة، علىٰ وجه المعروفٍ، يداً بيدٍ).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٥٥]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما جاز البدل؛ لأنّه معـروفٌ وليـس مناجزةً، وقد جوّزَ في المعروف ما لم يجز في البيع، من ذلك: قرض الدّراهم بالدّراهم إلىٰ أجلٍ؛ وكذلك الطّعام، ولا يجوز ذلك في البيع».

تغيّر سكّة الدّراهم والدّنانير والفلوس

[٢٥٨]- (ومن اقترض دراهم أو دنانير أو فلوسـًا أو باع بها، وهي سـكّةٌ معلومةٌ، ثمّ

غيَّر السّلطان السكّة أو أبدلها بغيرها، فإنّما عليه مثل السكّة التي قبضها ولزمته يوم العقد).

قال في شرح التفريع [٨/ ٥٨]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قلنا: إنّ له مثل فلوسه أو دراهمه التي أسلف أو باع بها؛ لأنّ عليه أن يعطيه الذي وجب عليه في ذمّته، وليس عليه غيره، وذلك الواجب عليه.

وقد روىٰ ابن وهبٍ، عن سعيد بن المسّيب رضي الله عنهما، أنّه قال: «إن أسلفت إلىٰ رجلٍ دراهم، ثمّ دخل الدّراهم فسادٌ، فليس لك عليه إلّا مثل ما أعطيت، وإن كان قد أنفقها وجازت عنه».

قال ابن وهب رضي الله عنه: وأخبرني رجالٌ من أهل العلم، عن يحيىٰ بن سعيد، وربيعة مثله، وسمعت اللّيث ابن سعدٍ يقوله.

ولو انقطع ذلك النّقد حتىٰ لا يوجد، لكان له قيمتها يوم يحلّ الأجل، ولم يُنظر إلىٰ قيمتها يوم انقطعت؛ لأنّه لم يكن عليه طلبٌ في ذلك الوقت».

صرف الفلوس إلىٰ أجلٍ

[٢٥٩] – (ويكره صرف الفلوس إلىٰ أجلٍ وبيع بعضها ببعضٍ متفاضلاً حين كان يُتَعامَل بها، فأمّا في وقتنا هذا فإنّها كالعروض).

قال في شرح التفريع [٨/ ٦٠]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما كره صرفها نسيئةً؛ لأنّها قد أجريت مجرىٰ الأثمان في المعاملة بها، وكذلك يكره التّفاضل فيها.

ولم يحرم ذلك كتحريمه في الذّهب والفضّة؛ لأنّ الذهب والفضة أثمانٌ علىٰ الحقيقة، فيهما الرّبا والزّكاة، ولم تكن الفلوس كذلك في وجوب الزكّاة في عينها؛ فكذلك ليست في الرّبا مثلها».

الاقتراض من الصيرفي وتغيّر القيمة

[٢٦٠] – (ومن اقترض من صيرفيٍّ بقدر نصف دينارٍ: دراهم، ثمّ رخصت الدّراهم أو غلت، فإنّما عليه مثل الذي أخذ منه.

وكذلك لو اقترض منه دنانير عينـًا، ثمّ رخصت العين أو غلت، فإنّما عليه وزن ما أخذ منه عينـًا).

قـال في شـرح التفريـع [٨/ ٦٠]: «وإنّمـا قال ذلك؛ لأنّهـا قد ترتّبت فـي ذمّته بنفس القبض، فلا يدفع إلّا ما ترتب عليه.

قـال الأبهـري رضي الله عنه: إلّا أن يتطوع المسـتقرض بأن يـرد أفضل من،ه فيجوز ذلك».

شراء تراب الذّهب والفضّة بجنسه أو بغير جنسه

[٢٦١]- (ولا بأس بشـراء تراب المعدن من الذّهب والفضّة بغير جنسـه، ولا يجوز شراؤُه بشيءٍ من جنسه).

قـال في شـرح التفريع [٨/ ٦١]: «قال الأبهري رضي الله عنـه: وإنّما جوّز بيع تراب المعدن بالذّهب إن كان فضّةً، وبالفضّة إن كان ذهبـًا؛ لقوله تبارك وتعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْۚ﴾[البقرة: ٢٧٥] الآية.

ولإجازة النّبيّ ﷺ بيع الذّهب بالفضّة، والفضّة بالذّهب.

فإن قيل: إنّ ما فيه من الفضّة والذّهب غير معلومٍ، فلا يجوز بيعه كذلك؛ لأنّه غررٌ؟

قيل له: لو لم يجز بيعه حتىٰ يُعلم مقدار ما فيه، لم يجز بيع شـيء جزافـًا حتىٰ يُعلم ما فيه.

فإن قيل: إن البيع جزافٌ ترىٰ عينه، فيجوز، وليس كذلك تراب المعدن؟

قيل له: الذهب والفضة يستغنىٰ في البيع عن رؤية عينها.

ألا تـرىٰ: أنّـه يجوز بيع السّـلعة بدينـارٍ أو درهمٍ وإن لم ير عينهـا، ولا يجوز ذلك في العروض حتىٰ يرىٰ عينها أو توصف له بصفةٍ محصورةٍ».



[٣/ ٨/ ب]...........[1] **[فـإ]ن[2] قيـل: إنَّ النبـيَّ ﷺ نهىٰ عـن ربح ما لم يضمن الإنسان[3]؟**

---

(١) هـذه الصفحـة هـي أول الموجود مـن كتاب البيـوع فيما قدرتـه، والله أعلـم، ولعلَّ المسـألة التي يشـرحها الأبهري، مسـألة بيع العروض قبل قبضها، قال التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٧٠]: «اختلف في جواز بيع المشتريات قبل قبضها:
فمنعه الشافعي رضي الله عنه في كلّ شيءٍ.
ومنعه أبو حنيفة رضي الله عنه في كلّ شيءٍ إلّا العقار وما لا ينقل.
ومنعه مالكٌ رضي الله عنه في سائر المكيلات والموزونات إذا كانت طعاماً.
ودليلنـا: قول النّبيّ ﷺ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامَـاً فَلَا يَبِعْهُ حَتَّىٰ يَسْـتَوفِيَهُ»، فلمّا خص الطّعام بالذِّكر، دلّ علىٰ أنّ ما عداه بخلافه.
قـال الأبهـري رضي الله عنه: ولأنّ ملك المشـتري قد ثبت له علىٰ ما اشـتراه، وزال ملك البائع عنه، لا خلاف في ذلك بين أهل العلم، وإذا كان كذلك، كان للمشتري أن يبيع ما اشتراه من العروض قبل قبضها.
وقد قال بعض من يخالفنا في هذه المسألة: إنّه يجوز عتق العبد إذا اشتراه قبل قبضه.
ولا يجوز عتق ما لم يملكه الإنسان كما لا يجوز له بيعه، فإذا جاز عتقه جاز بيعه.
فإن قيل: إنّ النّبيّ ﷺ نهىٰ عن ربح ما لم يضمنه الإنسان؟
قيل: معنىٰ الخبر: أن يبيع ما لم يملكه، فما ما قد ملكه فلا، والله أعلم».

(٢) ما بين [ ]، غير ظاهر في التصوير، والسياق يقتضيه.

(٣) أخرجه أبو داود [٤/ ١٨٢]، والترمذي [٢/ ٥١٥]، وابن ماجه [٣/ ٣٠٨]، من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شـرطان فـي بيع، ولا ربح ما لم تضمـن، ولا بيع ما ليس عندك»، والسـياق لأبي داود، وهو في التحفة [٦/ ٣٠٤].

[قيـ]ــل[1] له: معنىٰ هذا الخبر، أن يبيع الإنسـان ما لا يملكـه، فأمّا ما قد ملكه فلم [يد]خل[2] في هذا القول، والله أعلم.

وقولـه: «إنَّـهُ يبيع ذلك نقداً إذا كان [مـ]ـضمونـاً[3]»؛ فلأنـه إذا باعه بدينٍ كان دينـاً بديـنٍ؛ لأنَّهُ قد انتقل من دينٍ له في ذمة زيـدٍ إلىٰ ذمة عمرٍو، وباع ما في [ذ]مـة[4] زيـدٍ من العروض بالثمـن الذي [و]جب[5] له في ذمـة عمرو، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن الدَّين بالدَّين.

رواه الليث بن سعد، عن عبيد الله بن أبي جعفر[6]، عن محمد بن جعفر[7]، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لا يُبَاعُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ**»[8].

---

(١) ما بين [ ]، غير ظاهر في التصوير، والسياق يقتضيه.

(٢) ما بين [ ]، غير ظاهر في التصوير، والسياق يقتضيه.

(٣) ما بين [ ]، غير ظاهر في التصوير، والسياق يقتضيه.

(٤) ما بين [ ]، غير ظاهر في التصوير، والسياق يقتضيه.

(٥) ما بين [ ]، غير ظاهر في التصوير، والسياق يقتضيه.

(٦) عبيد الله بن أبي جعفر المصري، ثقة، وقيل عن أحمد: إنَّهُ لينه، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٦٣٦).

(٧) محمد بـن جعفر بـن الزبير بن العوام الأسـدي المدنـي، ثقة، من السادسـة. تقريب التهذيب، ص (٨٣٢).

(٨) أخرجـه الأزدي فـي الكنـىٰ، ص (٦٧)، مـن طريـق عبيد الله بـن أبـي جعفـر، عن محمد بـن جعفـر، عن أبـي واثلة قـال: «نهىٰ رسـول الله ﷺ عن بيع الدَّيـن بالدَّين يختلف أجلهما».

ورَوَىٰ ابـن أبـي زائـدة[١]، عن [موسـىٰ بـن][٢] عبيـد[٣]، عـن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر قال: «**نَهَىٰ رَسُولُ الله ﷺ أَنْ يُبَاعَ الكَالِئ بِالكَالِئ**»[٤].

ولا نعلم خلافـًا أنَّ الدَّين بالدَّين لا يجوز.

فـإذا باع العروض بالنقـد، جاز وإن كانت العروض دينـًا، فإنّه[٥] يجوز أن يبيع دينـًا بعينٍ.

ألا ترىٰ: أنَّهُ يجوز أن يسلم في العروض، فقد اشترىٰ دينـًا بعينٍ.

وإنمـا الممنوع من الدَّيـن بالدَّين: أن يكون الطرفان جميعـًا دينـًا، فأمّا إذا كان أحدهما دينـًا والآخر نقداً، جاز.

❀❀❀

[٦١٠١] مسألة: قال: وكلُّ ما كان من العروض كلها والحيوان كله والرقيق كله، وكلُّ ما سـوىٰ الذهب والفضة والطعام والشـراب، من جميع الأشياء كلها:

---

(١) يحيىٰ بـن زكريا بن أبي زائدة الهمداني الكوفي، ثقة متقن، من كبار التاسـعة. تقريب التهذيب، ص (١٠٥٤).

(٢) ما بين [ ] غير ظاهر في التصوير، واستدركته من مصادر التخريج.

(٣) قوله: «عبيد، كذا في شب، وفي مصادر ترجمته: عبيدة، هو: موسىٰ بن عبيدة الربذي المدني، ضعيف ولا سيما في عبد الله بن دينار، من صغار السادسة. تقريب التهذيب، ص (٩٨٣).

(٤) أخرجه الدارقطني [٤/ ٤٠]، والطحاوي في شرح معاني الآثار [٤/ ٢١]، من حديث ابن عمر رضي الله عنه، «أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن بيع الكالئ بالكالئ».

(٥) توجد حاشية في هذا الموضع، أولها: «لا»، وما بعدها غير ظاهر في التصوير.

العـروض، والحيـوان، وغير ذلك، فلا يباع[1] ذلك اثنان بواحـدٍ يداً بيدٍ، كان ذلك من صنفٍ واحدٍ أو مختلفٍ.

وكلُّ مـا بيـع من ذلـك إلىٰ أجلٍ، فلا بأس بـه إذا كان مثلاً بمثـلٍ من صنفٍ واحدٍ أو مختلفٍ.

وكلُّ ما كان من ذلك مختلفـًا، فلا بأس أن يباع اثنان بواحدٍ إلىٰ أجلٍ.

وكلُّ مـا كان من صنفٍ واحدٍ من جميع الأشـياء كلها، فلا يباع اثنان [٣/٩/أ] **بواحدٍ إلىٰ أجلٍ**[2].

✍ إنّما أجاز بيع العروض والحيوان كله، سواءٌ كان ذلك متفاضلاً أو مثلاً بمثلٍ، من صنفٍ واحدٍ أو صنفين، خلا الطعام والشراب إذا كان من صنفٍ واحدٍ فإنّـه لا يجوز فيه التفاضل؛ لأنَّ الله جَـلَّ وَعَزَّ قال: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقـرة:٢٧٥]، فـكلّ بيعٍ جائـزٌ، إلّا ما منعت الدلالة منـه، ولا خلاف في هذه الجملة التي ذكرناها بين أهل العلم.

وأمّا قوله: «إنَّهُ لا يجوز بيع صنفٍ منه بصنفٍ مثله أكثر منه إلىٰ أجلٍ»؛ فلأنَّ ذلك يدخل في معنىٰ قرضٍ جر منفعةً؛ لأنَّهُ أعطاه شـيئًا له منفعةٌ ما، بشـيءٍ أكبر

---

(١) قولـه: «فلا يباع»، كذا في شـب، وتوجد علامة إلحاق بعد كلمة: فلا، لكن الحاشـية مطموسة، والسياق كلام الشارح يقتضي أنها: فلا بأس أن يباع، وكذلك هي عبارة ابن عبد الحكم في المختصر الصغير، ص (٥٥٤)، والله أعلم.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٩)، المختصر الصغير، ص (٥٥٤)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٥)، النوادر والزيادات [٦/ ١١ و٥٦]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٦٦].

منـه له مثل المنفعة التي دفعها إليه، فصار ذلك قرضـًا جر منفعةً؛ لأنَّهُ إنّما طلب زيادة الشيء، لا اختلافَ منافعه، فلم يجز ذلك.

ألا ترىٰ: أنَّهُ لا يجوز [طعامٌ بـ]ـطعامٍ[1] أكثر منه إذا كان من صنفٍ واحدٍ، ويجـوز أكثر منـه إذا كان من [صنفـ]ـين[2]؛ لاختـلاف المنفعـة، وكذلك حكم العروض علىٰ هذا إذا كان ذلك إلىٰ أجلٍ.

فأمّا إذا كان يداً بيدٍ، فلا بأس بذلك؛ لأنَّ حكم النسيئة أغلظ من حكم النقد.

ألا تـرىٰ: أنَّـهُ يجوز بيع الذهـب بالفضـة متفاضلاً ولا يكـره، ويجوز بيع الذهـب بالذهب مثـلاً بمثلٍ، وكذلك الفضـة بالفضة مثلاً بمثلٍ نقـداً، ولا يجوز كلّ ذلـك إلىٰ أجلٍ، وكذلك يجوز بيع العروض بالعروض مثلاً بمثلٍ ومتفاضلاً، سواءٌ كانت صنفـاً واحداً أو مختلفة الأصناف.

فإذا كانت إلىٰ أجلٍ وكانت صنفـاً واحداً لم يجز فيها التفاضل.

ألا ترىٰ: أنَّ الطعام أيضـاً يجوز بيع بعضه ببعضٍ متفاضلاً إذا كان مختلف الصنـف، ومماثـلاً إذا كان صنفـاً واحـداً، كلّ ذلك يداً بيدٍ، ولا يجوز شـيءٌ من ذلك نسيئةً؛ لغلظ أمر النسيئة، فكذلك العروض علىٰ ما ذكرنا، كان حكم النسيئة [٢/ ١٠٤/ب] فيما ذكرنا أغلظ من حكم النقد، والله أعلم.

---

(١) ما بين [ ]، مطموس، والسياق يقتضيه.

(٢) ما بين [ ] مطموس، والسياق يقتضيه.

فإن قيل: قد رُوِيَ عن علي بن أبي طالبٍ رضي الله عنه: «**أَنَّهُ اشْتَرَىٰ بَعِيرَاً بِأَبْعِرَةٍ مَضْمُونَةٍ عَلَيْهِ إِلَىٰ أَجَلٍ**»(١)، وكذلك رُوِيَ عن ابن عمر مثله(٢)(٣)؟

قيل: إنَّهُ لا بأس بذلك عندنا إذا اختلفت المنافع، وإنما الذي لا يجوز إذا اتفقت المنافع، وليس في الرواية أنَّ منافعها كانت متفقةً، بل الأشبه بالإضافة إليهما اختلاف الأغراض فيما اشترياه، وَإِلّا فما الفائدة في ذلك.

وقد رَوَىٰ حفصٌ، عن حجاجٍ(٤)، عن أبي الزبير، عن جابرٍ، قال: «**نَهَىٰ رَسُولُ الله ﷺ عَنِ الحَيَوَانِ وَاحِدٍ بِاثْنَيْنِ، يَعْنِي: نَسِيئَةً**»(٥)، ومعنىٰ ذلك عندنا: إذا اتفقت المنافع.

ورَوَىٰ ابن وهبٍ، قال: أخبرني ابن لهيعة، أنَّ بكيراً(٦) حدَّثه، أنَّهُ سمع القاسم بن محمد وابن شهاب يقولان: (**لا يَصْلُحُ بَيْعُ الثَّوْبِ بِالثَّوْبَيْنِ إِلَّا أَنْ يَخْتَلِفَا**)(٧).

---

(١) أخرجه مالك [٤/ ٩٤٣]، وعبد الرزاق [٨/ ٢٢].

(٢) أخرجه مالك [٤/ ٩٤٣]، وابن أبي شيبة [١٠/ ٥٨٦].

(٣) ينظر الاعتراض في: الأم [٤/ ٧٠]، الحاوي للماوردي [٦/ ١١٧].

(٤) حجاج بن أرطأة بن ثور بن هبيرة النخعي، صدوق كثير الخطأ والتدليس، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٢٢٢).

(٥) أخرجه الترمذي [٢/ ٥١٩]، وابن ماجه [٣/ ٣٧٦]، وهو في التحفة [٢/ ٢٩١].

(٦) بكير بن عبد الله بن الأشج، مولىٰ بني مخزوم المدني نزيل مصر، ثقة، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (١٧٧).

(٧) أخرجه سحنون في المدونة [٣/ ٧٤]، من طريق أشهب، عن ابن لهيعة، به.

وهو قول سليمان بن يسار، وربيعة، ويحيىٰ بن سعيد[(١)].

❀❀❀

[١٠١٧] مسألة: قال: ولا بأس أن يباع العبد الفصيح التاجر، بالعبيد من جنسه ليسوا مثله في النفاذ[(٢)] والمعرفة؛ وإنما الاختلاف في العبيد: المنافع والتجارات، اختلفت الأجناس أو اتفقت.

وكذلك الحيوان كله، ليس الاختلاف فيه اختلاف الأسنان، وإنما الاختلاف في النجابة والسرعة، اختلفت الأسنان أو اتفقت[(٣)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ غرض النّاس من العبيد والحيوان والعروض: المنافع التي في الأعيان، لا الأعيان، وإذا كان كذلك، وجب مراعاة المنافع التي فيها؛ إذ لها تراد لا لأجناسها.

فلهذا قال مالك: إنَّ المراعاة في جواز التفاضل إلىٰ أجلٍ، اختلاف المنافع لا الصورة.

ألا ترىٰ: أنَّ النّاس إنّما يقوِّمون سلعهم إذا تلفت عليهم حسب منافعهم وأغراضهم فيها، وليس العبد الكاتب والصانع [٢/١٠٥/أ] عندهم مثل العبد الذي

---

(١) ينظر: المدونة [٣/ ٧٤]، وقد نقل التلمساني طرفًا من شرح الأبهري للمسألة في شرح التفريع [٨/ ٦٨]، ولم يشر إليه.

(٢) قوله: «النفاذ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «الفصاحة».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٩)، المختصر الصغير، ص (٥٥٦)، المدونة [٣/ ٥٥]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٩٨)، النوادر والزيادات [٦/ ١١].

هــو مثله في الجنس والصــورة إذا لم يكن كاتبــاً ولا صانعــاً؛ لاختلاف غرضهم في ذلك.

فمتــىٰ اختلفت المنافع في العروض، جاز بيعهــا متفاضلاً إلىٰ أجلٍ، ومتىٰ اتَّفقت، لم يجز بيعها متفاضلاً إلىٰ أجلٍ، وجاز ذلك يداً بيدٍ علىٰ ما بيَّنَّاه.

❀❀❀

[١٠١٨] مسألة: قال: ولا ينبغي أن يُسْلَفَ كَبْشٌ في خروفين، ولا ضائنةٌ[١] في ماعزتين؛ لأنَّها غنمٌ كلها، ليس فيها فضلٌ يُرجىٰ، إنّما هي لِلَّحمِ[٢].

✍ قــد ذكر مالكٌ العلة في ذلك بقوله: «إنّما هــي للحم»، يعني أنَّ منفعتها واحدةٌ، فلا يجوز بيعها متفاضلاً إلىٰ أجلٍ، ويجوز ذلك يداً بيدٍ.

❀❀❀

[١٠١٩] مسألة: قال: ولا بأس أن يستسلف الرّجل ما شاء من الحيوان، إلّا الولائد[٣] فإنَّ ذلك لا يجوز فيها.

---

(١) قولــه: «ضائنــةٌ»، هي الأنثىٰ من ذوات الصوف من الغنم، ويقــال للذكر: ضأن، ينظر: المصباح المنير [١/ ٣٦٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٩)، النوادر والزيادات [٦/ ١٥].

(٣) قولــه: «الولائــد»، هــي جمع وليدة، وهــي الجارية أو المــولاة قبــل أن تحتلم، ينظر: المغرب للمطــرزي، ص (٤٩٤)، طلبة الطلبة، ص (١٠٢)، وفي المدونة [٣/ ٧٤]: «إلّا في الجواري».

فإن تسلَّف رجلٌ وليدةً، فلا بأس أن يردها بعينها ما لم يطأها، فإن وطئها فلا يردها(١).

✍ إنّما قال: إنَّهُ يجوز سلف الحيوان والسلم فيه أيضاً؛ فلأنَّ الحيوان يُضبط بصفةٍ كما تضبط سائر العروض؛ لأنَّهُ يوصف ويحدُّ ويُعرف ذلك بالجنس والسنِّ والصفة، يَعْرِف ذلك أهل البصر به، كما يَعْرِف جنس الثياب وصفتها أهل البصر بها، فجاز قرض الحيوان والسلم فيه لحاجة النّاس إليه، كما جاز ذلك في الثياب وغيرها من العروض لحاجة النّاس إليه.

وقد رَوَىٰ مالكٌ، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسارٍ، عن أبي رافع قال: «**اسْتَسْلَفَ رَسُولُ الله ﷺ بَكْراً، فَجَاءَتْهُ إِبِلٌ مِنَ إِبِلِ الصَّدَقَةِ، فَأَمَرَنِي أَنْ أَقْضِيَ الرَّجُلَ بَكْرَهُ، فَقُلْتُ: لَمْ أَجِدْ فِي الإِبِلِ إِلَّا جَمَلًا خِيَاراً**(٢)**، رَبَاعِيًّا**(٣)**، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: أَعْطِهِ إِيَّاهُ، فَإِنَّ خَيْرَ النَّاس أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً**»(٤)، فعُلِم بهذا الحديث جواز قرض الحيوان والسلم فيه، وأنَّ ذلك يُضبط بصفةٍ؛ لأنَّهُ معلومٌ أنَّ النبيَّ ﷺ إنّما استقرض الجمل ليرد مثله؛ لأنَّ ردَّ ذلك واجبٌ، إلَّا أن يتطوع [٢/١٠٥/ب] بأفضل منه، ومحالٌ أن يستقرض النبيُّ ﷺ شيئًا لا يقدر علىٰ ردِّ مثله ولا يضبط ذلك بصفة.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٩)، المدونة [٣/ ٧٤]، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٤٥٣].

(٢) قوله: «خِيَاراً»، هو الجمل المختار، ينظر: النهاية في غريب الحديث [٢/ ٩١].

(٣) قوله: «رَبَاعِيًّا»، هو الذكر من الإبل إذا دخل في السنة السابعة وطلعت رباعيته، ينظر: النهاية في غريب الحديث [٢/ ١٨٨].

(٤) أخرجه مالك [٤/ ٩٨١]، ومن طريقه مسلم [٥/ ٥٤]، وهو في التحفة [٩/ ٢٠٢].

وقوله: «إنَّهُ لا يجوز قرض الولائد»؛ فلأنَّ ذلك يؤدِّي إلىٰ إباحة الفرج بغير عقد نكاحٍ ولا ملك يمينٍ؛ لأنَّ المستقرض يطأ الوليدة، ثمّ يردُّها إلىٰ المقرض، شاء ذلك المقرض أم أبىٰ، فيكون قد وطئ فرجًا بغير عقد نكاحٍ ولا ملك يمينٍ.

وقوله: «إنَّهُ يردُّها إن لم يطأها»؛ فلأنَّ قرضها غير جائزٍ، فعليه ردُّها.

فإذا وطئها، لم يردَّها وردَّ غيرها في صنفها أو قيمتها يوم وطئها، والقيمة أولىٰ؛ لأنَّ ردَّها بعد الوطء إباحة وطء فرجٍ بغير عقد نكاحٍ ولا ملك يمينٍ، وذلك غير جائزٍ[1].

❀❀❀

[١٠٢٠] مسألة: قال: ولا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهمٍ يداً بيدٍ[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا حيوانٌ بحيوانٍ وزيادة فضةٍ يداً بيدٍ، فلا بأس بذلك؛ إذ ليس شيءٌ يمنع منه.

❀❀❀

[١٠٢١] مسألة: قال: وإن تأخرت الدراهم وتعجل الجملان، فلا بأس به[3].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الدراهم هاهنا تبعٌ للجمال وليس هي المقصد.

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٧/ ٤٥٤]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٩)، المدونة [٣/ ٧٥].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٩)، المدونة [٣/ ٧٥].

وليس يدخله قرضٌ جر منفعةً لتقدُّم الجملين؛ لأنّهما الغرض في العقد والدراهم تبعٌ.

❀❀❀

[١٠٢٢] مسألة: **قال: وإن تعجل أحدهما وتأخَّر الآخر، فلا خير فيه، لا كانت الدراهم معجلةً ولا مؤخرةً**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا يصير قرضاً جر منفعةً؛ لأنَّهُ لمّا تأخر أخذه الجمل أقرضه الدراهم التي يأخذها منه، فصارت الدراهم منفعة الجمل الذي أقرضه، قدمها له قبل قضائه الجمل.

فإن أخَّرها لم يجز؛ لأنَّهُ يصير قرضاً جر منفعةً؛ لأنَّهُ أقرضه بمنفعةٍ تحصل له.

❀❀❀

[١٠٢٣] مسألة: **قال: وإذا كان بعيرٌ ببعيرين مثله، أحدهما نقداً والآخر نسيئةً، فقد اختلف فيه: فجُوِّزَ، وكره، وأحب إلينا أن لا يجوز**(٢).

✍ وجه إجازته: أنَّ هذا إنّما هو بيع بعيرٍ نقداً [٢/١٠٦/أ] ببعيرٍ نقداً، والبعير الآخر ليس بقرضٍ يجر نفعاً، فلا بأس به؛ لأنَّهُ هبةٌ منه له لا علىٰ وجه قرضٍ

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٩)، المدونة [٣/ ٧٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٩)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٦/ ١٦].

جـره منفعةً؛ لأنَّ منفعـة البعير الذي يعطىٰ مثل الذي أخذ، فلـم تكن زيادة البعير قرضـًا[١] يجُّر منفعةً، بخلاف منفعة البعير الذي دفعه صاحب البعير الواحد.

ووجـه كراهتـه لذلك: هو أنَّهُ يكون قد أعطاه بعيـراً ببعيرين إلىٰ أجلٍ، فلمّا عَلِـمَ أنَّ ذلـك لا يجوز، أراد تحليله بـأن يقدم أحدهما، فصار المقـدم منفعةً لما أقرض من الجمل الآخر، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٢٤] مسـألة: قال: ومـن باع غنمـًا بثمنٍ إلىٰ أجـلٍ، فأعطاه عند الأجل غنمـًا أكثر أو أقل:

⇦ فـإن كانت من صنف غنمه، فـلا يأخذ إلّا مثل غنمه، ولا يأخذ أدنىٰ ولا أكثر.

⇦ وإن كان من غير صنفها، مثل أن يبيع لبنـًا ويأخذ من الحاشـية، فلا بأس به، كانت أقل أو أكثر، إذا انتقد ذلك[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّهُ لا يجوز بيع شـيءٍ من الحيوان والعروض بأكثر منه إلىٰ أجلٍ، لأنَّ ذلك يصير قرضـًا جر منفعةً إذا كان ذلك من جنسٍ واحدٍ، وهو أن تكون منفعته واحدةٌ، فإذا اختلفت المنافع جاز.

فكذلـك الغنم إذا كانـت منفعتها واحدةً، أن تكون كلهـا للبنٍ أو للحمٍ، لم يجـز التفاضل فيها إلىٰ أجلٍ، فـإن اختلفت منافعها، فكانت التـي يبيعها غنم لبنٍ

---

(١) قوله: «قرضـًا»، كتبها الناسخ فوق السطر، ووضع بجوارها علامة تصحيح.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٠).

بغنم لحمٍ أو غيرها إلىٰ أجلٍ جاز بمثلها وأكثر منها؛ لأنّها مختلفة المنافع، فكان ذلك علىٰ ما بيَّنَّاه فيما تقدَّم.

❁❁❁

[١٠٢٥] مسألة: قال: **ولا بأس بالسلف في الحيوان كلِّه، إذا كان علىٰ صفةٍ معلومةٍ وأجلٍ معلومٍ**(١).

إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقال تعالىٰ: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة:٢٨٢]، قال ابن عباس: «**ذَلِكَ فِي السَّلَم**»(٢)، وقال النبيُّ ﷺ: «**مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي ثَمَنٍ مَعْلُومٍ، وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ، وكَيْلٍ مَعْلُومٍ**»(٣).

فالسلم في كلّ شيءٍ ضُبِط بصفةٍ [٢/١٠٦/ب] جائزٌ؛ لإباحة الله عَزَّ وَجَلَّ ورسوله صلىٰ الله عليه ذلك، ولأنَّ بالناس حاجةٌ إلىٰ السلم في الحيوان كحاجتهم إلىٰ السلم في الثياب.

فإن قيل: إنَّ الحيوان لا يضبط بصفةٍ(٤)؟

قيل: يَضْبِطُ ذلك أهل المعرفة به، كما يضبط صفة الثياب وكلّ عَرَضٍ أهل المعرفة به.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٠)، المختصر الصغير، ص (٥٥٧)، المدونة [٣/ ٥٤]، البيان والتحصيل [٧/ ١١٠].

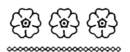
(٢) أخرجه ابن أبي شيبة [١١/ ٤١٩]، وعبد الرزاق [٨/ ٥].

(٣) متفق عليه: البخاري (٢٢٣٩)، مسلم [٥/ ٥٥]، وهو في التحفة [٥/ ٥٢].

(٤) ينظر الاعتراض في: المبسوط [٢/ ١٣٢]، المغني [٦/ ٣٨٨].

ولـو جاز أن يُمنع من السـلم في الحيوان ؛ لأَنَّهُ قد يقـع فيه اختلافٌ، لجاز أن يمنع من السـلم في الثياب وغيرها من العروض؛ لأنَّ الاختلاف يقع فيها، ولا يكاد يتفق من كلّ وجهٍ، وإن كان اختلافه يسيراً.

وقد رَوَىٰ مالكٌ، عن زيد بن أسـلمٍ، عن عطاء بن يسار، عن أبي رافع: «**أَنَّ رَسُـولُ الله ﷺ اسْتَسْـلَفَ بَكْرَاً، فَقَضَىٰ رَبَاعِيَاً**»(١)، ولو لم يمكن ردُّ مثل البكر، لَمَا استسـلفه النبيُّ ﷺ؛ لأَنَّهُ معلومٌ أنَّ علىٰ المستسـلف رد مثل ما استسلفه، إلّا أن يتطوع بأفضل منه(٢).



---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٠١٩ .

(٢) قال القنازعي في تفسير الموطأ [١/ ٤٤٤]: «قال الأبهري: البيوع علىٰ أربعة أوجه: بيع الأعيان الحاضرة. وبيعها إذا كانت غائبة علىٰ وصف السامع أو وصف غيره، ولا يجوز النقد في هذا إلّا ما كان مأمونـاً لا يختلف، كالدور والأرضين.
والوجه الثالث: السلم في شيءٍ موصوفٍ إلىٰ أجلٍ معلومٍ، ولا يكون في شيء بعينه.
والوجـه الرابع: السـلف، وهـو معروف عند أهـل المدينة، يسـلف الرّجـل إلىٰ بائع الفاكهة أو الرطب أو الخباز أو الجزار في شيءٍ معلومٍ ووقتٍ معلومٍ، وهو من ناحيته الارتفـاق، وإنَّ بالإنسـان حاجةً إلىٰ أن يأخـذ لعياله كلّ يوم شـيئـاً معلومـاً، ولو أخذ ذلك المشتري كله في يومٍ واحدٍ لفسد ذلك عليه.
ولا تجوز هذه الصفقة إلّا أن يسمِّي قدر ما يأخذ من ذلك في كلّ يوم ؛ لأنّه إذا لم يكن معلومـاً دخله الغرر، إذ لا يـدري البائع كيف يدفع، ولا المشـتري كيف يقبض، فإذا كان ما يأخذ في كلّ يومٍ معلوماً سلفاً من الغرر صحَّ البيع بينهما».

[١٠٢٦] مسألة: قال: ولا خير في السلف في النتاج، وإن كان بصفةٍ[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ذلك مجهولٌ؛ لأنَّ نتاج بني فلانٍ يتغيَّر، ولا يثبت علىٰ حالٍ، وذلك مجهولٌ لا يجوز السلف فيه، هذا معنىٰ المسألة.

❀❀❀

[١٠٢٧] مسألة: قال: ومن سلف في عرضٍ من العروض أو شيءٍ من الحيوان علىٰ صفةٍ معلومةٍ وأجلٍ معلومٍ، فلمّا حلَّ أجَلُهُ، سأله بائعه أن يشتريه منه، فلا بأس أن يشتريه منه بمثل ثمنه وأدنىٰ من ثمنه[(٢)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ شراءَه بمثل ثمنه إقالةٌ منه، فلا بأس بها، وشراؤه بدون ثمنه فلا تهمة فيه؛ لأنَّهُ أعطىٰ كثيراً نقداً وأخذ قليلاً إلىٰ أجلٍ، وذلك جائزٌ؛ لأنَّهُ فعل معروفٍ لم يَجُرَّ به منفعة دنيا.

❀❀❀

[١٠٢٨] مسألة: قال: ولا خير في أن يشتريه بأكثر من ثمنه[(٣)].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٠)، المدونة [٣/ ٥٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٠)، المختصر الصغير، ص (٥٥٦)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٨٠)، النوادر والزيادات [٦/ ١٣٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٧٠].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥٠)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٨٠)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٧٠].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا أعطىٰ قليلاً وأخذ كثيراً، يعني: من الثمن، فصار قرضًا جرَّ منفعةً.

❀❀❀

[٢/١٠٨/أ][1] [١٠٢٩] مسألة: قال: ولا يشتري بعضه، لا بأقل من ثمنه ولا بأكثر من ثمنه[2].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير بيعًا وسلفًا؛ لأنَّهُ أسلفه بعض الثمن[3] إلىٰ أجلٍ واشترىٰ منه ببعضه، ثمّ ردَّ عليه بعض الثمن الذي أسلفه إلىٰ أجلٍ، وتسمية البيع في مقدار ما ردَّ لغوٌ.

❀❀❀

[١٠٣٠] مسألة: قال: ولا بأس أن يشتريه من العروض المخالفة له بما شاء نقداً، ولا يحل أن يؤخِّره[4].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير عرضًا بعرضٍ مخالف له في المنفعة إلىٰ أجلٍ، وذلك جائزٌ.

أو يصير عند العرض إلىٰ أجلٍ، فلا بأس به.

---

(١) هذه الصفحة مكررة في [٢/ ١٠٧/ أ]، ولكنها غير واضحة إطلاقًا.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٠)، النوادر والزيادات [٦/ ١٠٩]، البيان والتحصيل [٧/ ١٦١].

(٣) كتب فوق هذا الموضع: «الذي [.....]»، وما بين [...] كلمةً لم أستظهرها.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٥٠).

ولا يجـوز أن يؤخِّـر قبض ذلك العـرض؛ لأنَّهُ يصير دَينـاً بدَينٍ، وذلك منهيٌّ عنه.

❀❀❀

[١٠٣١] مسـألة: قال: ولا بأس علىٰ من سـلف في عرضٍ من العروض إذا حـلَّ أجلـه، أن يأخذ من صنف ما أسـلفه فيه أو غير صنفه، أدنـىٰ أو أكثر منه، إذا انتقد ثمنه[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يكون عرضـاً بعرضٍ مخالفٍ له أو موافقٍ له، متماثلاً أو متفاضلاً، فلا بأس به؛ لأنَّ ذلك نقدٌ، ويجوز في الصنف الواحد التفاضل نقداً، وإنما لا يجوز التفاضل في الصنف إذا كان إلىٰ أجلٍ.

❀❀❀

[١٠٣٢] مسألة: قال: ولا خير في أن يعطيه قبل أن يحلَّ أجله من صنفه إلّا مثل صنفه بعينه:

⇦ **فإن كان أكثر فلا خير فيه؛ لأنَّهُ زاده علىٰ أن طرح عنه الضمان.**

⇦ **ولا أدنىٰ من ذلك؛ لأنَّهُ وضع عنه وتعجَّل منه**[٢].

✍ قد ذكر مالكٌ العلة في منع الزيادة علىٰ طرح الضمان، ومعنىٰ ذلك: أنَّهُ يصير عرضـاً بعرضٍ أكثر منه إلىٰ أجلٍ إن كانت الزيادة من صنف العرض.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٠)، المختصر الصغير، ص (٥٥٦).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٠)، النوادر والزيادات [٦/ ١٣٤].

وإن كانت من غير صنفه، لم يجز أيضاً؛ لأَنَّهُ يصير عرضاً وزيادةً من غير صنفٍ، بعرضٍ من صنف العرض الذي معه الزيادة إلىٰ أجلٍ مثل هذا؛ لأنّه يبيع شيئاً من صنفٍ إلىٰ أجلٍ بأقلَّ منه نقداً، وذلك غير جائزٍ.

ومعنىٰ: وضعٌ وتعجلٌ الذي لا يجوز، إنّما هو في الصنف الواحد من العروض مثل هذه؛ لأَنَّهُ يبيع شيئاً من [٢/١٠٨/ب][(١)] صنفٍ إلىٰ أجلٍ بأقل منه نقداً، وذلك غير جائزٍ.

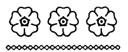
فأمّا إذا كان من صنفين، جاز ذلك إذا انتقد الصنف الذي انتقل إليه وتعجَّله.

فإن أَخَّره لم يجز؛ لأَنَّهُ يصير ديناً بدينٍ، وذلك منهيٌّ عنه.

❀❀❀

[١٠٣٣] مسألة: قال: ولا بأس أن يعطيه قبل محل الأجل عرضاً مخالفاً له إذا انتقد[(٢)].

✍ إنّما قال ذلك، لِمَا ذكرناه؛ لأَنَّهُ يصير عرضاً بعرضٍ مخالفٍ له، فلا بأس بذلك، سواءٌ كان نقداً أو إلىٰ أجلٍ، وسواءٌ كان أقل أو أكثر، وإنما يدخل «ضع وتعجَّل» في الصنف الواحد لا في الصنفين.



---

(١) هذه الصفحة مكررة في [٢/ ١٠٧/ ب]، ولكنها هناك غير واضحة إطلاقاً.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥١).

[١٠٣٤] قال: ولا خير في أن يعطيه قبل محل أجله بعض ما سلفه فيه ومعه عرضٌ غيره، وكذلك كلّ ما سلف فيه من الحيوان والرقيق[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير عرضاً بعرضٍ مثله وزيادةً من غيره إلىٰ أجلٍ، فلا يجوز ذلك؛ لأنّه يدخله قرضٌ جرَّ منفعةَ وضعٍ وتعجُّلٍ.

❀❀❀

[١٠٣٥] مسألة: قال: ومن سلف في عرضٍ ثمناً[(٢)]، والعرض إلىٰ أجلٍ، فلا بأس أن يبيعه من غير صاحبه بأقل أو بأكثر مما سلف فيه، أو بذهبٍ أو بوَرِقٍ، أو عرضٍ من العروض مخالفٍ له، إذا انتقد ثمنه[(٣)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المشتري قد ملك في ذمَّة البائع العرض الذي أسلم إليه فيه، وهو موصوفٌ معلومٌ، فلا بأس أن يبيع ذلك بالنقد؛ لأنَّهُ يجوز بيع الدَّين بالنقد.

ألا ترىٰ: أنَّهُ يجوز أن يشتري ثوباً نقداً بثمنٍ إلىٰ أجلٍ، فكذلك يجوز أن يبيع ثوباً إلىٰ أجلٍ بثمنٍ نقدٍ، لا فرق في ذلك.

فإن قيل: إنَّ المشتري للدَّين الذي علىٰ زيدٍ لا يدري هل يحصل ذلك له أم لا[(٤)]؟

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥١).

(٢) قوله: «ثمناً»، كذا في شب، وفي المطبوع: «بمتاع».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥١)، النوادر والزيادات [٦/ ١٣٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٧٠].

(٤) لم أقف علىٰ من اعترض بهذا الاعتراض.

قيل له: وكذلك المشتري للثوب في ذمَّة زيدٍ، أعني: إذا سلم إليه في ثوبٍ، لا يدري هل يحصل له أم لا، ثمّ يجوز مع ذلك أن يسلم إليه في ثوبٍ ويشتريه منه إلىٰ أجلٍ.

وكذلك يجوز أن يبيع الثوب الذي في ذمَّة زيدٍ من عمرٍو بثمنٍ يتعجله، لا يجوز أن يبيعه بدَين؛ لأنّه [٢/١٠٩/أ][١] يصير دَيناً بدَينٍ، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن الدَّين بالدَّين[٢].

❀❀❀

[١٠٣٦] مسألة: قال: **ومن سلف في عرضٍ من العروض إلىٰ أجلٍ من الآجال، فأتاه بأرفع من شرطه، فلا بأس أن يقبله إذا حلَّ أجله.**

وإن لم يعطه ذلك إلّا بزيادةٍ يزيده إياها المشتري، فلا بأس بذلك[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ البائع قد تفضل علىٰ المشتري بالزيادة التي زاده علىٰ حقه، فلا بأس بذلك إذا حلَّ أجله.

وكذلك إن دفع المشتري إلىٰ البائع ثمن الزيادة جاز ذلك؛ لأنَّ الثمن كله

---

(١) هذه الصفحة مكررة في [٢/ ١١٠/ أ].

(٢) ذكر القنازعي هذا الوجه من الاستدلال عن الأبهري في تفسير الموطأ [١/ ٤٢٥]، كما نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٧١]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥١).

من جهةٍ واحدةٍ، والسلعة كلها من جهةٍ واحدةٍ، فلا بأس بذلك؛ لأنَّهُ يصير اشتراء سلعةٍ بثمنٍ بعضه نقدٌ وبعضه متأخرٌ.

❀❀❀

[١٠٣٧] مسألة: قال: وإن أتاه بأدنىٰ من شرطه إذا حلَّ أجله، فلا بأس أن يقبله منه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا أخذ دون حقه وترك للبائع بعض حقِّه، فلا بأس بذلك.

❀❀❀

[١٠٣٨] قال: وإن لم يقبله منه إلّا بزيادةٍ يزيده إياها البائع، فلا خير في ذلك، إلّا أن تكون تلك الزيادة عرضًا، فإن كانت عرضًا فلا بأس بذلك إذا كانت نقداً، وكان الذي سلفه ذهبًا أو ورقًا(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الزيادة إذا كانت عينًا، صارت ذهبًا وعرضًا بذهبٍ أو فضَّةً وعرضًا بفضةٍ، وذلك لا يجوز.

فإن كانت عرضًا جاز؛ لأنَّهُ يصير عرضًا وذهبًا بعرضٍ، فلا بأس بذلك؛ لأنَّ العرض كله من جهةٍ، والثمن كله من جهةٍ.

فإذا كان الذهب أو الفضة من جهتين لم يجز، سواءٌ كانت العروض من

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥١).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥١).

جهـةٍ واحدةٍ أو جهتين؛ لأَنَّهُ يصير ذهبًا وسـلعةً بذهبٍ، أو ذهبًا وسـلعةً بذهبٍ وسلعةٍ، وذلك كله لا يجوز.

وكذلـك إن كان موضـع الذهب فضةً لـم يجز؛ لأَنَّهُ لا يجـوز أن يكون مع الذهبيـن أو الفضتين شـيءٌ غيرهما مـن العروض؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قـال: «**الذَّهَبُ بِالذَّهَـبِ مِثْلاً** [٢/١٠٩/ب][1] **بِمِثْـلٍ، وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْـلٍ**»[2]، فليس يجوز أن يقارنهما غيرهما.

❀❀❀

[١٠٣٩] مسـألة: قـال: ومن سـلف في عـرضٍ من العـروض فحل أجله، فوكَّله بالشراء لنفسه ودفع إليه ذهبًا يشتري شرطه، فإنا نكره ذلك[3].

✍ إنّما كُره ذلك؛ لجواز أن يأخذ الذهب لنفسـه ولا يشـتري شيئًا، فيؤول الأمر إلىٰ بيع ذهبٍ بذهبٍ أكثر منه، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٤٠] مسـألة: قال: ولا بأس بالسـلف في العروض إلىٰ الأجل القريب والبعيـد، واليـوم واليومين، ويبعد الأجـل قليلاً أعجب إلينا من اليـوم واليومين، وكلّ ذلك لا بأس به إن شاء الله[4].

---

(١) هذه الصفحة مكررة في [٢/ ١١٠/ ب].

(٢) متفق عليه: البخاري (٢١٧٦)، مسلم [٥/ ٤٢]، وهو في التحفة [٣/ ٣٧٨].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥١).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٥١)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٦/ ٦٦]، وينظر: المدونة [٣/ ٧٩].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عزَّ وَجلَّ قال: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة:٢٧٥]، فبيع كلّ معلومٍ جائزٌ، نقداً ونسيئةً، إلىٰ أجلٍ قريبٍ أو بعيدٍ، لعموم إباحة الله تعالىٰ ذلك بقوله: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة:٢٨٢].

فهذا وجه قول مالكٍ: إنَّ السلم يجوز إلىٰ الأجل القريب والبعيد.

ويحتمل أن يكون أراد أجلاً تختلف في مثله الأسواق، وليس هو ظاهر قوله في هذا الموضع.

وحكىٰ ابن القاسم عن مالك: «إنَّهُ لا يجوز السلم إلّا إلىٰ أجلٍ تختلف فيه الأسواق»[١].

ووجه هذا القول: هو أنَّ السلم إنّما أجيز مع كون الغرر فيه؛ لدخول الرفق علىٰ البائع والمشتري جميعاً؛ لأنَّ البائع يقدر أن يشتري ما باعه وقت حلوله بأرخص مما باعه، والمشتري يقدر أن يغلو ما أسلم فيه وقت حلوله، فمتىٰ كان ذلك حالّاً، زال هذا المعنىٰ عنه.

والنبيُّ ﷺ إنّما أجاز السلم علىٰ وصفٍ ما، وهو أن يكون إلىٰ أجلٍ معلومٍ، فمتىٰ عَرِيَ من الأجل المعلوم، لم يجُز، كما أنَّهُ متىٰ عَرِيَ من الكيل أو الوزن أو العدد لم يجز، وقد نهىٰ النبيُّ ﷺ حكيماً عن بيع ما ليس عنده[٢]، وأرخص في السلم.

---

(١) ينظر: المدونة [٣/ ٧٩].

(٢) أخرجه أبو داود [٤/ ١٨١]، والترمذي [٢/ ٥١٤]، وابن ماجه [٣/ ٣٠٨]، والنسائي

فهذا وجه قول مالكٍ: «إِنَّهُ لا يجوز السلم إلّا [٢/ ١١١/ أ][١] إلىٰ أجلٍ تتغير في مثله الأسواق».

ولكل قولٍ وجهٌ، والمشهور من قوله: «إِنَّهُ لا يجوز ذلك إلّا إلىٰ أجلٍ تختلف فيه الأسواق»[٢].

❀❀❀

[١٠٤١] مسألة: قال: ولا يشتري الجزز الصوف يسلف فيها عدداً وإن وصفت، إلّا أن يشتري وزنًا، وَإِلّا فلا[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأَنَّهَا لا تُضْبَط بغير الوزن؛ لأنَّ مقاديرها تختلف، ولا يمكن ضبطها بغير وزنٍ.

❀❀❀

[١٠٤٢] مسألة: قال: ومن باع سلعةً من السلع بخمسين ديناراً إلىٰ أجلٍ، ثمّ ندم البائع، فسأله أن يقيله ويردَّها عليه، ويزيده دنانير أو دراهم نقداً أو إلىٰ

في الكبرىٰ [٦/ ٥٩]، من حديث حكيم بن حزام قال: «يا رسول الله، يأتيني الرّجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟، فقال: لا تبع ما ليس عندك»، وهو في التحفة [٣/ ٧٩].

(١) هذه الصفحة مكررة في [٢/ ١١٢/ أ].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٧/ ٤٥١]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥١)، المدونة [٣/ ٥٩]، النوادر والزيادات [٦/ ٦٨ و ٧٢].

أجلٍ، فلا بأس بذلك كله؛ لأَنَّهُ إنّما اشترىٰ منه سلعةً بالخمسين ديناراً التي كانت له عليه وبزيادةٍ معها، فلا يضره ما كانت[(١)].

✍ إنّما قال: «إنَّهُ لا بأس بذلك»؛ لأنَّ الذهب كلّه من جهةٍ واحدةٍ، والبائع ترك خمسين وأعطىٰ زيادةً من عنده، فصار الذهب من عنده كله، وليس في ذلك تهمةٌ؛ لأنَّ هذا حمله الندم علىٰ أن ترك ما أسلف من الثمن وزاد شيئًا آخر وأخذ سلعته، فكأنه اشتراها بالثمن الذي دفع من عنده، وذلك جائزٌ.

❀❀❀

[١٠٤٣] مسألة: قال: وإن ندم المشتري فسأله أن يقيله ويزيده عشرة دنانير نقداً أو إلىٰ أبعد من الأجل، فلا خير فيه[(٢)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأَنَّهُ يصير ذهبًا وسلعةً بذهبٍ، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٤٤] مسألة: قال: وإن كان إلىٰ أجلٍ لا بعينه، فلا بأس به؛ لأَنَّهُ:

⇦ إذا كان قبل الأجل، فكأنه وضع عنه وعجَّلَه.

⇦ وإذا كان إلىٰ الأجل، فكأنه اشتراها منه ببعض ما عليه وبقَّىٰ بعضه.

⇦ وإذا كان إلىٰ أبعد من الأجل، فكأنه اشتراها ببعض ما عليه وأسلفه بعضًا إلىٰ أبعد من أجله[(٣)].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥١)، النوادر والزيادات [٦/ ١١١].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥١)، النوادر والزيادات [٦/ ١١١].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥١).

✍ قد فسر مالكٌ هذه المسائل فأغنىٰ عن تفسيرها.

❀❀❀

[١٠٤٥] مسألة: قال: ومن باع سلعةً بنقدٍ، فقال المشتري: «أقلني وأنظرك بثمنها سنةً»، فلا بأس به(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ البائع اشتراها من المشتري بيعاً مستأنفاً بثمنٍ إلىٰ أجلٍ، فلا بأس به؛ [٢/ ١١١/ ب](٢) لأنَّ الإقالة بيعٌ مجدَّدٌ عند مالكٍ.

ولأنَّه لا يتهم أحدٌ أن يعطي ذهباً نقداً ويأخذ مثلها بعد سنةٍ أنَّهُ أراد بذلك منفعة دنيا، وإنما هذا معروفٌ فَعَلَهُ، وذلك جائزٌ.

❀❀❀

[١٠٤٦] مسألة: قال: ومن باع سلعةً إلىٰ أجلٍ، فندم المشترىٰ وأبىٰ البائع أن يقيله، وقال: «أشركني في نصفها»، فلا بأس بذلك إذا كان النقد إلىٰ أجله، وإن كان بنقده، فلا خير فيه(٣).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الثمن إذا كان إلىٰ أجله، فإنّما أقاله من بعضها، فلا بأس بذلك.

وإن كان الثمن نقداً، كان سلفاً وبيعاً؛ لأنَّهُ أسلفه ما نقده لمّا باعه إلىٰ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥١)، المدونة [٣/ ١٢٣].

(٢) هذه الصفحة مكررة في [٢/ ١١٢/ ب].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥١)، النوادر والزيادات [٦/ ١١٢].

أجـلٍ، فصار المقرض البائع، وذلك سـلفٌ وبيعٌ، وقد نهىٰ رسـول الله ﷺ عن بيعٍ وسلفٍ[(١)].

❀❀❀

[١٠٤٧] مسألة: قال: ومن سلف رجلاً في سلعةٍ، فاستقاله بزيادةٍ، فلا بأس بذلك ما لم يتفرَّقا، فإن تفرَّقا فلا خير في أن يرد إليه ذهبه ويرد معها منها شيئًا[(٢)].

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّهُ قبل التفرُّق إنّما ندم البائـع علىٰ البيع، فلا بأس أن يسـتقيل بزيادةٍ يعطي المشتري؛ لأنَّهُ يصير مشـترياً للسلعة بالثمن الذي دفع إليه المشتري وبما زاده البائع، وذلك جائزٌ.

فـإذا تفرَّقا لم يجز أن يزيده البائع ويقيلـه؛ لأنَّهُ يصير قرضـًا جرَّ منفعةً؛ لأنَّ المشـتري أقرض البائع ذهبـًا انتفع بها، وزاده البائع من أجل منفعته بها، والسلعة لغـوٌ، وذلـك غير جائزٍ؛ لأنَّهُ قـرضٌ جرَّ منفعةً؛ لأنَّ الذهب لا تعـرف بعينها، فإذا تفرَّقا انتفع البائع بها، ثمّ ردَّ مثلها.

وإذا كان قبل أن يتفرَّقا، ردَّها بعينها وزيادةً من غير أن ينتفع بها، فحُمِلَ أمره علىٰ الندم لا علىٰ قرضٍ جرَّ منفعةً.

❀❀❀

[١٠٤٨] مسألة: قال: ومن باع طعامـًا أو حيوانـًا إلىٰ أجلٍ، فلمّا حلَّ الأجل،

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٢٩ .

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥١)، النوادر والزيادات [٦/ ١١١].

قـال له: «خذ مني ما وجدت بحسـابه، وخذ ثمن ما لـم تجد»، فلا بأس بذلك في الحيوان، ولا خير فيه في الطعام(١).

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ الحيـوان يُعْرَفُ بعينه، فجاز أن يـرد ما بقي ويأخذ [٢/١١٣/أ] ثمن ما لم يبق؛ لأنَّهُ لا يدخله قرضٌ جرَّ منفعةً، ولا بيعٌ وسلفٌ.

وفي الطعام يدخله سـلفٌ وبيعٌ؛ لأنَّ الطعام لا يعرف بعينه، ولا يدرىٰ أهو الذي أعطاه أم غيره، ويدخله أيضـًا بيع طعامٍ بذهبٍ وطعامٍ متأخِّرٍ.

وحكم العروض إذا عرفت بأعيانها كحكم الحيوان، لا كحكم الطعام.

❀❀❀

[١٠٤٩] مسـألة: قال: ومن اشـترىٰ سـلعةً غائبةً إلىٰ أجلٍ، ثمّ استقال منها علىٰ إن أدركها هذا اليوم فهي ردٌّ والثمن موضوعٌ، فلا ينبغي ذلك، حلَّ الأجل أو لم يحلَّ؛ وذلك أنَّهُ يأخذ سلعةً غائبةً بدَينٍ(٢).

✍ يعني: بالثمن الذي علىٰ المشتري؛ لأنَّ الثمن الذي علىٰ المشتري دَينٌ، والسلعة الغائبة دَينٌ، فيدخله الدَّين بالدَّين إذا أخذها علىٰ وجه الإقالة.

ووجهٌ آخر: أنَّ المشـتري للسـلعة لا يعلم أن تكون قد تلفت، فلا يجوز أن يقيل البائع منها ثمن الإقالة [.....](٣)، هل كان قد ملك بالبيع شيئـًا أم لا.

ولـم يكن كالبائـع الأول؛ لأنَّ ملك البائـع الأول كان متقـرّراً في الأصل،

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٣).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٣).

(٣) ما بين [ ]، يشبه أن يكون نصـًا مطموسـًا بسبب الترميم، ولعلها: «لأنّه لا يعلم».

فجاز بيعـه حتىٰ يُعلم زواله، وليس كذلك المشـتري؛ لأنَّ ملكه غير متقررٍ عليها إذا أقال منها.

❀❀❀

[١٠٥٠] مسـألة: قال: ومن تكارىٰ علىٰ حمولةٍ إلىٰ بلدٍ، ثمّ ندم المُتكاري فسأله أن يقيله ويزيده ذهبـًا أو وَرِقـًا، فلا بأس بذلك(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأَنَّهُ لا تهمة في ذلك؛ لأنَّ المتكاري أعطىٰ المُكرِيَ مالاً بغير منفعةٍ حصلت له، فليس فيه قرضٌ جرَّ منفعةً، وذلك جائزٌ.

❀❀❀

[١٠٥١] مسألة: قال: وإن سأله الكَرِيُّ أن يقيله ويزيده:

- فإن كان قد انتقد، فلا خير في ذلك.
- وإن كان لم ينتقد، فلا بأس بذلك(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المُكري إذا زاده، ففيه قرضٌ جر منفعةً؛ لأَنَّهُ أخذ من المكتري مالاً انتفع به مدةً، ثمّ ردَّه وزيادةً، وذلك غير جائزٍ.

فـإن كان قبل النقد أو بعد النقد وقبل التفـرُّق، جاز ذلك؛ لأنَّ هذا هو علىٰ وجـه الندم، لا علىٰ قرضٍ جرَّ منفعـةً؛ لأَنَّهُ لم تحصل له المنفعة بالثمن؛ لأَنَّهُ ردَّه

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٣)، النوادر والزيادات [٦/ ١٢١].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٣)، النوادر والزيادات [٦/ ١٢٢].

مكانــه إن كان قد انتقده قبل أن يتفرَّقا، وإن كان لم ينتقد، فهو أبعد من قرضٍ يجرُّ نفعـًا.

❀❀❀

[١٠٥٢] مسـألة: قال: ومن باع سـلعةً بثمنٍ إلىٰ أجلٍ، فلا بأس أن يشتريها بائعها بأكثر من ثمنها نقداً[١].

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّهُ لا يتهم أحـدٌ أن يعطي مالاً كثيراً نقـداً ويأخذ أقل مما يعطي نسـيئةً، [٢/١١٣/ب] ليس هذا علىٰ وجه الربا، وإنما يكون ذلك علىٰ وجه المعروف أو الندم في البيع.

❀❀❀

[١٠٥٣] مسألة: قال: ولا خير في أن يشتريها بدون ثمنها، يعني: نقداً[٢].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير قرضـًا جر منفعةً؛ لأنَّهُ أعطىٰ قليلاً نقداً وأخذ كثيراً نسيئةً، والبيع لغو، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٥٤] مسـألة: قال: ولا بأس أن يشـتريها إلىٰ أجلها، بأرفع من ثمنها، أو أدنىٰ، أو مثل ثمنها[٣].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٣).
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٣)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٧٢].
(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥٣).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأَنَّهُ لم يعط شـيئـًا أخذ أكثر منـه، وإنما تقاصًّا، أو يأخذ من له الفضل، وليس يدخله قرضٌ جر منفعةً.

❀❀❀

[١٠٥٥] مسألة: قال: ولا يشتريها إلىٰ أبعد من أجلها بأكثر من ثمنها[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأَنَّ المشـتري هاهنا يعطـي البائع ذهبـًا أو فضةً، ويأخذ أكثر منه بعد مدَّةٍ، وقد رجعت السلعة إلىٰ البائع، وذلك قرضٌ جرَّ منفعةً.

❀❀❀

[١٠٥٦] مسألة: قال: ولا بأس به بأدنىٰ من ثمنها[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأَنَّ المشـتري يعطـي كثيراً ويأخذ أقل منه، فلا تهمة في ذلك.

❀❀❀

[١٠٥٧] قـال: ولا بـأس أن يشـتريها بمثل ثمنهـا إلىٰ أجلهـا، أو أبعد من أجلها، أو أدنىٰ من أجلها[٣][٤].

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٥٣)، المختصـر الصغيـر، ص (٥٥٧)، التفريع مع شـرح التلمساني [٨/ ٧٢].

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٥٣)، المختصـر الصغيـر، ص (٥٥٧)، التفريع مع شـرح التلمساني [٨/ ٧٢].

(٣) قوله: «أجلها»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ثمنها».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٥٣)، المختصر الصغير، ص (٥٥٧).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المشتري في هذا كله لم يخرج ثمناً أخذ أكثر منه بعد مدَّةٍ، فلا بأس بذلك كله؛ لأنَّهُ إنّما يأخذ مثل ماله أو أقل، فليس في ذلك تهمةٌ.

❀❀❀

[١٠٥٨] مسألة: قال: ولا خير في أن يشتريها بعرضٍ إلىٰ أدنىٰ من أجلها، ولا إليه، ولا إلىٰ أبعد منه[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير دَيناً بدَينٍ؛ لأنَّهُ قد باع الدَّين الذي له بسلعةٍ قَبَضَها وسلعةٍ يتأخَّر قَبْضُها، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٥٩] قال: ومن باع من رجلٍ سلعةً بدينارين، فنقده ديناراً وبقي دينارٌ، ثمّ أراد بيعها إلىٰ أجلٍ، فسأله البائع أن يشتريها منه بدنانير، يقاصه بديناره الذي له عليه، وتكون البقية إلىٰ أجلها، فلا خير فيه[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ السلعة رجعت [٢/١١٤/أ] إلىٰ البائع، وحصل الأمر: أنْ أعطىٰ المشتري البائع ديناراً لينتفع به، ثمّ يردُّ عليه أكثر منه بعد مدَّةٍ، فصار قرضاً جرَّ منفعةً، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٤).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٤)، النوادر والزيادات [٦/ ٨٦].

[١٠٦٠] مسألة: قال: ومن باع دابةً بعشرة دنانير إلىٰ شهرٍ، ثمّ ابتاعها البائع باثني عشر إلىٰ أبعد من الأجل لرجلٍ غيره، فلا نحبُّ ذلك له[١].

✍ إنّما كره ذلك؛ مخافة أن يكون شراؤها للبائع أو من سببه، فترجع السلعة إليه، ويعطيه عشرةً باثني عشر إلىٰ مدَّةٍ، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٦١] مسألة: قال: ومن باع ثياباً بدنانير إلىٰ أجلٍ، فلا يجوز أن يبتاع بعضها بنقدٍ[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير بيعاً وسلفاً، وهو قرضٌ جرَّ منفعةً؛ لأنَّ البائع يعطي المشتري دنانير قرضاً لما اشترىٰ منه من المبتاع الذي باعه منه، ورجع بعض المبتاع إليه، الذي كان قد لقب بالبيع، وهذا لا يجوز؛ لأنَّهُ قرضٌ جرَّ منفعةً، وهو الوجه الذي كُرِه من أجله البيع والسلف، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن بيعٍ وسلفٍ[٣].

❀❀❀

[١٠٦٢] مسألة: قال: ومن باع من رجلٍ سلعةً بعشرة دنانير إلىٰ أجلٍ، فنقده

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٤).
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٤).
(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٢٩ .

خمسةً قبل الأجل، ثمّ بدا له فعرض عليه سلعته بالخمسة الباقية، فلا يجوز ذلك، وسواءٌ جاء بالذهب والسلعة جميعـًا، أو قدَّم الذهب قبل السلعة(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير قرضـًا جرَّ منفعةً؛ لأنَّ البيع يرتفع برجوع السلعة إلىٰ البائع، وتصير الخمسة التي أخذها البائع إنّما هي بدل ما انتفع به المشتري بالسلعة المدة التي كانت في يده، فصارت قرضـًا جرَّ منفعةً، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٦٣] مسألة: قال: ومن باع ثوبين بذهبٍ إلىٰ أجلٍ، فَعَرَضَ عليه بعد محل الأجل أحد ثوبيه وبعض الثمن، فلا بأس به، وإن كانت من صنف(٢) **ثوبيه، فلا يجوز**(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ قد ردَّ أحد ثوبيه بعينه وباع الباقي، فلا بأس به، [٢/١١٤/ب]، وليس في هذا شيءٌ مكروهٌ.

فإن كان من صنف ثوبيه وليس بعينه لم يجز؛ لأنَّهُ يدخله بيع شيءٍ من(٤) بصنفه وشيءٍ آخر معه متأخِّراً، وذلك غير جائزٍ؛ لأنَّهُ يصير قرضـًا جرَّ منفعةً.

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٤).

(٢) قوله: «صنف»، كذا في شب، وفي المطبوع: «جيد».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥٤).

(٤) توجد علامة إلحاق في هذا الموضع، لكن الحاشية غير ظاهرة.

[١٠٦٤] مسألة: قال: ومن باع سلعةً بثمنٍ نقداً، ثمّ اشتراها بأكثر منه، فلا بأس بذلك، إلّا من أهل العينة[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ أهل العينة قصدهم القرض الذي يجر منفعةً، وليس غرضهم البيع؛ لأنَّهُ إنّما يشتري للذي سأله أن يشتريه له، ثمّ يبيعه منه بأكثر من ذلك إلىٰ أجلٍ أو نقداً، فيكون إنّما أقرض الثمن المشتريَ وزاده في القرض، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٦٥] قال: ومن باع سلعةً بثمنٍ إلىٰ أجلٍ، فتغيرت السلعة ودخلها العيوب، فأراد أن يشتريها بدون ثمنها، فلا نحبُّ ذلك له[٢].

✍ إنّما كره هذا ولم يحرِّمه؛ لأنَّ شراءها بأقلَّ مما باعها به ليس فيه تهمةٌ مجردةٌ؛ لأنّها قد تغيرت عن حالها، وإنما باعها المشتري بأقل مما اشتراها لهذه العلة.

❀❀❀

[١٠٦٦] مسألة: قال: ولا بأس في أن يسلف الرّجل فيما ليس عنده أصله[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ السلم: بيع شيءٍ في الذمَّة إلىٰ أجلٍ بثمنٍ نقدٍ، وقد

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٤).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٤).

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥٤)، المختصر الصغير، ص (٥٥٨)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٨٢).

أباح الله سبحانه ذلك بقوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة:٢٨٢]، قال ابن عباس: «ذَلِكَ فِي السَّلَمِ»[(١)].

ورَوَىٰ سفيان بن عيينة، عن ابن أبي نجيحٍ، عن عبد الله بن كثيرٍ[(٢)]، عن أبي المنهال[(٣)]، عن ابن عباسٍ قال: «قَدِمَ رَسُولُ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ المَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي التَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: مَنْ سَلَفَ فِي تَمْرٍ، فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ»[(٤)].

فجاز لِمَا ذكرنا من دليل القرآن والسنة، السلم فيما ليس عند المُسْلَمِ إليه وما ليس هو موجوداً في الوقت، إذا كان موجوداً في الأغلب عند حلول الأجل، إذ ليس [٢/ ١١٥/أ] هاهنا شيءٌ يمنع منه، وقد تقدَّم ذكر هذه المسألة.



[١٠٦٧] مسألة: قال: ولا خير في أن يأتي الرّجل بذهبٍ، فيقول له رجلٌ: «اشتر لي بها سلعةً وأربحك[(٥)] فيها إلىٰ أجلٍ»[(٦)].

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٠٢٥ .

(٢) عبد الله بن كثير الداري المكي القارئ، أحد الأئمة، صدوق، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٥٣٧).

(٣) عبد الرحمن بن مطعم البناني البصري نزل مكة، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٥٩٩).

(٤) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٠٢٥ .

(٥) قوله: «وأربحك»، كذا في شب، وفي المطبوع: «وأنظرني».

(٦) المختصر الكبير، ص (٢٥٥)، المختصر الصغير، ص (٥٥٨)، مختصر أبي مصعب،

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ هذه هـي العينة، وهو قرضٌجـرَّ منفعةً، ولا يجوز ذلك؛ لأنَّهُ إذا أسـلف الثمن للذي سـأله الشـراء ليأخذ منه أكثر إلىٰ أجلٍ، فذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٦٨] مسـألة: قـال: ولا خيـر في أن يقـول الرّجل للرجل: «اشـتر هذا الثوب بعشرة دنانير، وهو لي بأحد عشر»(١).

✍ إنّمـا قـال ذلـك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّـهُ يصير قرضـًا جـر منفعـةً؛ لأنَّ المأمور بالشراء أقرض الآمر الثمن ليأخذ منه أكثر إلىٰ أجلٍ(٢).

❀❀❀

[١٠٦٩] مسألة: قال: ولا بأس أن يقول: «اشتره لي بعشرةٍ ولك دينارٌ»؛ لأنَّ ضمانه من المشتري له(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ إذا اشتراها بنقدٍ، ثمّ باعها من الآمر أيضـًا بالنقد، لم يكن في ذلك قرضٌ جرَّ منفعةً؛ لأنَّ الآمر لم ينتفع بما وزن عنه؛ لأنَّهُ قضاه مكانه،

ص (٣٩١)، النوادر والزيادات [٦/ ٨٧].

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٥٥)، النـوادر والزيـادات [٦/ ٨٨]، التفريـع مـع شـرح التلمساني [٨/ ٧٤].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٧٤]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصـر الكبيـر، ص (٢٥٥)، النـوادر والزيـادات [٦/ ٨٨]، التفريـع مـع شـرح التلمساني [٨/ ٧٤].

وما زاد عليه فهو ربحٌ أربحه، وذلك بمنزلة جَعْلُ جُعْلٍ له ليشتري له سلعةً بثمنٍ يعطيه نقداً، وذلك جائزٌ.

وإنما المكروه أن يشتريها المأمور بثمنٍ نقداً، ثمّ يبيعها من الآمر بأكثر من ذلك الثمن نسيئةً، فيكون قرضاً جرَّ منفعةً.

قال ابن القاسم: «فإن وقع ذلك وفات لم أفسخ»[١].

وأحبُّ إليَّ في الورع أن لا يأخذ الربح، فأمّا في القضاء فله الربح، لأنَّ المأمور ضامنٌ لِمَا اشتراه من السلعة ثمّ باعها من الآمر، فالربح للمأمور ؛ لأنَّهُ قد ربح ما قد ملكه، وإن كان ذلك مكروهاً له من جهة الورع.

❀❀❀

[١٠٧٠] مسألة: قال: ومن جاء إلىٰ رجلٍ يطلب[٢] عينةً، فردَّه ردّاً صحيحاً وقال: «لا شيء عندي أبيعك»، ثمّ ذهب فابتاع سلعةً، ثمّ عاد إليه، فلا بأس أن يبيعه.

وإن لقيه فقال له، فإذا كان ذلك من غير موعدٍ، [٢/١١٥/ب] فلا بأس به[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الشراء قد وقع صحيحاً للمطلوب منه السلعة، وإنما الكراهة أن يكون الشراء بثمنٍ من عند المطلوب منه، يقرضه الطالب للمطلوب،

---

(١) ينظر: النوادر والزيادات [٦/ ٨٩].
(٢) يشبه أن تكون علامة إلحاق في هذا الموضع، لكن الحاشية ساقطة، وقد تكون: «منه»، والله أعلم.
(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥٥).

ثـمّ يـردُّ عليـه أكثر منه بعد مـدَّةٍ، فهذا لا يجوز، وهـذه العينـة المعروفة عند أهل المدينة.

۞۞۞

[١٠٧١] مسـألة: قال: وإن سـأله أن يبيعه طعامـًا، فابتاع له طعامـًا وهو إن شـاء أخذ وإن شـاء ترك، ولم يكن قاطعه علىٰ شـيءٍ، فهذا مكروهٌ وليس بالحرام الذي يفسخ(١).

✍ إنّما كره هذا؛ لجواز أن يكون قصد بالشراء الذي سأله، فتدخله العينة.

ولـم يحرِّمه؛ لأنَّ الإجابة لم تقع من المطلوب للطالب ؛ لأنَّهُ إن شـاء باعه وإن شاء لم يبعه.

۞۞۞

[١٠٧٢] قال: ومن سلف في بلدٍ في طعامٍ، فكان يجمعه، حتىٰ إذا احتاجوا إليـه أهل ذلـك البلد باعه منهم بالنقد والأجل، وربما اشـترىٰ منه من باعه، فليس بذلك بأسٌ أن يشـتريه من اشـترىٰ منه إذا كان ذلك ليس بحدثان اقتضائه منه، وإن كان يقتضي ويبيع مكانه، فإنا نكره ذلك(٢).

✍ إنّما قال: «إنَّهُ لا بأس به»؛ لأنَّهُ لا يقصد بشرائه كذلك وجه العينة، وإنما يكره من ذلك إذا كان علىٰ وجه العينة: من غير حاجةٍ عرضت للبائع إلىٰ ما باعه،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٥).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٥).

أو كان ذلـك بحضره البيع؛ لأنَّـهُ إذا كان كذلك فهو في الأغلب علىٰ وجه العينة، لا لحاجةٍ حدثت.

❀❀❀

[١٠٧٣] مسألة: قال: ومن باع من رجلٍ سلعةً - وهو ممن يُعَيِّنُ(١) - بثمنٍ إلىٰ أجلٍ، ثم(٢) ابتاعها منه رجلٌ، ثمّ ابتاعها البائع الأول من الرّجل قبل أن يفترقا، فلا خير في ذلك(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لجواز أن يكون المشـتري الأول إنّما اشتراها لهذا الذي عَيَّـنَ، وهـو البائع الأول، وإنما دسَّ غيره في الشـري؛ ليحلل مـا قد نُهي عنه من العينة.

❀❀❀

[١٠٧٤] مسألة: قال: ومن ابتاع طعامًا [٢/١١٦/أ] ممن يُعَيِّنُ إلىٰ أجلٍ، فباعه الذي اشتراه، ثمّ جاء فقال: «ضع عنّي(٤) فقد وضعت وضيعةً كبيرةً»، فلا خير في ذلـك؛ لأَنَّهُ إنّما باعه علىٰ ربحٍ معلومٍ، علىٰ أَنَّهُ إن وضع من ذلك يُخَفِّفُ عنه وردَّه إلىٰ ما كان رَاوَضَهُ عليه(٥).

---

(١) قولـه: «يعيـن»، يعني: يأخـذ بالعينة، وعين التاجـر، يعني: أخذ بالعينـة أو أعطىٰ بها، ينظر: لسان العرب [١٣/ ٣٠٦].

(٢) قوله: «ثم»، غير مثبت في المطبوع.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥٥)، النوادر والزيادات [٦/ ٩٣].

(٤) قوله: «ضع عنّي»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ابتع مني».

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٥٦)، النوادر والزيادات [٦/ ٩١].

✍ قد فسر ذلك مالكٌ، وهو أن يصير الثمن مجهولاً، لأنهما دخلا علىٰ: أنَّهُ إن لم يربح أو وضع، يخفِّف عنه من الثمن، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٧٥] مسألة: قال: ومن قال لرجلٍ: «ابتع هذا الجمل بعشرين إلىٰ أجلٍ، وأنا ابتاعه منك بعشرةٍ نقداً»، فلا يعجبنا ذلك[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ قد أعطاه عشرةً نقداً بعشرين إلىٰ أجلٍ، وذلك غير جائزٍ؛ لأنَّ المأمور بالشراء يأخذ عشرةً نقداً بجملٍ يدفعه إلىٰ الآمر، وعشرةً يعطيه بعد مدَّةٍ، وذلك غير جائزٍ.

وإن كان الجمل من عند صاحب العشرة وهو الآمر، لم يجز أيضاً؛ لأنَّ البائع أعطىٰ عشرةً للمشتري بعشرين إلىٰ أجلٍ ورجع الجمل إليه، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٠٧٦] مسألة: قال: ومن باع سلعةً بثمنٍ نقداً، ثمّ اشتراها بحداثة ذلك بأكثر منه، فلا بأس بذلك في بيع النقد، إلّا من أهل العينة[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ أهل العينة يقصدون للقرض الذي يجر منفعةً،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٦)، النوادر والزيادات [٦/ ٩٠].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٦)، النوادر والزيادات [٦/ ٨٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٧٧].

فيكـون المشـتري هاهنا هو الذي أقـرض لمنفعةٍ جرَّها؛ لأنَّهُ أعطـىٰ ذهباً ليأخذ أكثر منها بعد مدَّةٍ.

❁❁❁

[١٠٧٧] مسألة: قال: ومن باع من رجلٍ طعاماً بدنانير قد تأخَّر إلىٰ أجلٍ(١)، علىٰ أنَّهُ ينقده منه(٢) ذلك من ثمن الطعام إذا باعه ديناراً والباقي إلىٰ أجله، فإنا نكره ذلك(٣).

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنَّهُ يصير أجل الدينار مجهولاً؛ لأنَّهُ لا يدري متىٰ يبيع الطعام، فصار أجل بعض الثمن مجهولاً.

❁❁❁

[١٠٧٨] مسـألة: قال: ومن سلف في طعامٍ أو عرضٍ إلىٰ أجلٍ، فأتاه بذلك قبل الأجل، فليس عليه أن يقبله، إلّا أن يكون قد تقارب أجله، مثل اليوم واليومين وما أشبهه(٤).

[٢/١٠١/ب] ✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ عليه مؤنةً في قبوله قبل الأجل؛ لأنَّهُ يحتاج

---

(١) قوله: «بدنانير قد تأخر إلىٰ أجلٍ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «بتأخير إلىٰ أجلٍ».

(٢) قوله: «منه»، كتب فوقها: «من»، وفي المطبوع: «قبل».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥٦).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٥٦)، المدونة [٣/ ٩٢].

له إلىٰ موضعٍ وحفظٍ، ولا يأمن مع ذلك تغيُّر الأسواق ورخصه، وذلك غير لازمٍ له قبوله؛ لِمَا عليه في ذلك من الضرر.

❀❀❀

[١٠٧٩] مسألة: قال: ولو أخَّره عن أجله الذي شرطه عليه فأبىٰ أن يقبله، كان ذلك يلزمه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ إذا أتىٰ به علىٰ الشرط الذي ابتاعه عليه، فقد لزمه قبوله، وليس معصية البائع بتأخير دفعه عن وقته يمنع المشتري من قبوله، ولا يسقط عنه، فيجبر علىٰ ذلك.

❀❀❀

[١٠٨٠] مسألة: قال: ومن ابتاع شيئًا من الحيوان بعينه بصفةٍ توصف له أو رؤيةٍ كانت قبل ذلك منه، فلا بأس به(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ شراء الشّيء إذا كان معلومـًا جائزٌ، سواءٌ كان حاضراً لعقد البيع أو كان غائبـًا، إذا عرفه البائع والمشتري جميعـًا بالرؤية أو الصفة؛ من قِبَلِ أنَّ الصفة تقوم مقام الرؤية.

ألا ترىٰ: أنَّهُ يجوز بيع شيءٍ في الذمَّة إذا وُصِفَ بصفةٍ معروفة، فصار

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٦).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٦)، المختصر الصغير، ص (٥٥٨)، المدونة [٣/ ٢٥٦]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١٠٥].

بيعه كذلك كبيع ما هو حاضرٌ، فكذلك ما كان غائبًا يجوز بيعه إن كان حيوانًا أو عرضًا إذا كانت غيبته قريبة.

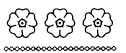
وإن كان أرضًا أو دوراً، جاز وإن كانت غيبته بعيدة؛ لأنَّ ذلك مأمون(١)؛ وقد رُوِّينا عن ابن عمر أَنَّهُ أجاز ذلك.

فروىٰ حماد بن زيدٍ، عن أيوب، عن نافعٍ، عن ابن عمر: «**أَنَّهُ اشْتَرَىٰ مِنْ رَجُلٍ بَعِيرًا بِأَبْعِرَةٍ لَهُ بِالرَّبَذَةِ، وَضَمِنَهَا لِصَاحِبِهَا، وَبَعَثَ مَعَهُ مَنْ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ**»(٢).

وروىٰ الأوزاعي، قال: حدثنا الزهري، قال: حدثني حمزة بن عبد الله بن عمر(٣)، عن أبيه عبد الله قال: «**مَا أَدْرَكَتْهُ الصَّفْقَةُ حَيًّا مَجْمُوعًا فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُبْتَاعِ**»(٤).

فإذا جاء الشّيء المبيع علىٰ الصفة، لزمه البيع ولم يكن للمشتري خيار الرؤية.

ولو جاز أن يكون له خيار الرؤية هاهنا وإن كان علىٰ الصفة، جاز أن يكون له خيار الرؤية في السلم [٢/١٠٢/أ] إذا أتىٰ به البائع علىٰ الصفة، وهذا فاسدٌ.



---

(١) من قوله: «الصفة تقوم مقام الرؤية»، علىٰ هذا الموضع، نقله التلمساني في شرح التفريع [٨/ ١٠٥]، عن الأبهري.

(٢) لم أقف عليه بهذا الإسناد، وقد تقدَّم ذكره من طريق مالك في المسألة رقم ١٠١٦ .

(٣) حمزة بن عبد الله بن عمر بن الخطاب المدني، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٢٧١).

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن [٤/ ٦]، والطحاوي في شرح معاني الآثار [٤/ ١٦].

[١٠٨١] مسألة: قال: ولا يجوز النقد فيه، وضمانها من البائع حتىٰ يقبضها المشتري، إلّا أن يشترط عليه: «أنها منه إن أدركتها الصفقة حيةً»، فيكون ذلك له.

وإن شرط: «أَنَّهُ لا ينقده حتىٰ يقبض»، فلمّا وجب له الصفقة، تطوع له بالنقد، فلا بأس به(١).

✍ إنّما قال: إنَّهُ لا ينقد؛ لجواز أن تكون السلعة قد تلفت، أو تجيء علىٰ غير الصفة التي وُصِفَت، فلا يكون البائع مستحقاً للثمن، فإذا رد أُدْخِلَ في ذلك سلفٌ وبيعٌ، وذلك غير جائزٍ.

وهذا إذا شرط دفع الثمن، فأمّا إذا تبرع به المشتري جاز؛ لأنَّ البيع إنّما يفسده شرط النقد إذا كان المبيع غير مأمونٍ، فأمّا إذا تبرع به جاز ولم يفسده.

وقوله: «إنَّ ضمان المبيع بصفةٍ إذا تلف من مال البائع»؛ فلأنَّ علىٰ البائع تسليم ما باعه إلىٰ المشتري، فمتىٰ تلف قبل وصول المشتري إلىٰ قبضه، كان من مال البائع.

وليس ذلك كالحاضر إذا تلف في يد البائع إذا كان قد تلف قبل قبض المشتري أَنَّهُ من مال المشتري؛ لأنَّ المشتري يقدر هاهنا علىٰ قبضه، فإذا اختار تركه في يد البائع، فكأنه قد أودعه، فتَلَفُهُ من المشتري الشيء، والغائب فليس يقدر المشتري علىٰ قبضه حتىٰ يحضر، فليس هو مفرطاً بترك القبض، فتلفه من مال البائع حتىٰ يسلمه إلىٰ المشتري، إلّا أن يشترط البائع أن ضمانه منه إن

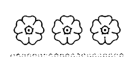
(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٦)، المختصر الصغير، ص (٥٥٨)، المدونة [٣/ ٢٥٦]، النوادر والزيادات [٦/ ٣٦٤].

صادفتـه الصفقة - أعني: عقد البيع - حيـًا، فيلزم ذلك المشـتري بالشـرط؛ لأنَّهُ علىٰ ذلك دخل، كما يلزم الضامن ما يدخل فيه من الضمان(١).

فإذا تلف الشّيء قبل عقد البيع كان من مال البائع؛ لأنَّ عقد البيع وقع علىٰ غير شيءٍ ملكه المشتري بالعقد.

وقد قال مالك في هذه المسـألة: «إنَّ تلفه يكون من مال المشـتري إذا تلف بعد العقد، إلّا أن يشـترط المشـتري أنَّ ذلك علىٰ البائع [٢/١٠١/أ] حتىٰ يسـلمه إلىٰ المشتري»(٢).

ووجه هذا القول: أنَّ المشتري قد ملك ما اشتراه بعينه، فإذا تلف بعد ملكه إيـاه فهـو منه دون البائع، إلّا أن يشـترط علـىٰ البائع أنَّ تلفه منه حتىٰ يسـلمه إلىٰ المشتري، فيلزمه ذلك بالشرط الذي ضمنه.



[١٠٨٢] مسـألة: قال: وإذا اشْـتُرِيَتِ الدابة الغائبة علـىٰ الصفة، ثمّ جاءت علىٰ تلك الصفة التي وصفها، فكرهها المشتري، لزمته بالثمن(٣).

✍ قـد ذكرنـا وجه هذا، وأنَّ ذلك قـد لزمه بعقد البيـع إذا كان المبيع علىٰ

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ١٠٨]، هذه الفقرة عن الأبهري.

(٢) ينظر: المدونة [٣/ ٢٥٦]، المنتقىٰ للباجي [٤/ ٢٨٧].

(٣) المختصـر الكبيـر، ص (٢٥٧)، المدونـة [٣/ ٢٥٥]، التفريع مع شـرح التلمسـاني [٨/ ١٠٥].

الصفـة التـي وصفت أو رآهـا المبتاع عليـه، لا خيار له للرؤية، ولـو كان له خيار للرؤية، لكان له خيار الرؤية في السلم إذا أحضره البائع.

❀❀❀

[١٠٨٣] مسـألة: قـال: ومـن باع جاريـةً بعينها قـد كان رآها وبهـا عيبٌ، فاشتراها منه وبرَّأَهُ من العيب، فلمّا أتاه بها، قال: «قد زاد العيب لا حاجة لي بها»، فالبيع له لازمٌ، إلّا أن يُعْلَم أنَّ ذلك قد زاد(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المشتري يدّعي حدوث الزيادة في العيب علىٰ ما قد علمه ورضي به، فلا تقبل دعواه بغير بينةٍ؛ لأنَّهُ يريد فسخ البيع بغير حُجَّةٍ، والقول قول البائع مع يمينه أنَّ العيب لم يزد علىٰ ما رآه المشتري.

❀❀❀

[١٠٨٤] قـال: ولا تباع السـلعة الغائبـة علىٰ أنَّهَا إن تلفـت فعلىٰ صاحبها مثلها(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير سلفـًا في سلعةٍ بعينها، وذلك غير جائزٍ.

وهو أيضـًا شرطٌ مخالفٌ للأصول؛ لأنَّ البائع ليس متعدّيـًا في تلف السلعة فيكـون عليـه ضمان مثلهـا إن كان لها مثـلٌ، أو قيمتها إن لم يكن لهـا مثلٌ، وكلّ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٧)، المدونة [٣/ ٢٥٣ و ٢٦٤].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٧)، النوادر والزيادات [٦/ ٣٦٨].

شرطٍ ليس في كتاب الله عَزَّ وَجَلَّ ولا سنة رسوله صلىٰ الله عليه وخالف أصول العلماء، فهو باطلٌ.

❀❀❀

[١٠٨٥] مسألة: قال: ولا بأس أن يشتري الدابة الغائبة بدَينٍ[١] إلىٰ أجلٍ، وإنما يكون الأجل من يوم يقبض الدابَّة[٢].

[٢/١٠٠/ب] ✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا بيع عينٍ بدَينٍ، ولا بأس بذلك، كما يبيع الإنسان ثوبًا في ذمَّته دَينًا عليه بعينٍ يأخذها، وذلك جائزٌ.

والثمن من يوم يقبض الدابَّة؛ لأنَّهُ وجب حينئذٍ.

❀❀❀

[١٠٨٦] مسألة: قال: ولا بأس أن يبيع الرّجل غلامًا له بالشام علىٰ ذهبٍ له عند رجلٍ بالمدينة، وهما ضامنان لذلك حتىٰ يستوفيا[٣][٤].

✍ يعني: كلّ واحدٍ ضامنٌ لِمَا باع حتىٰ يستوفيه صاحبه، يريد أنَّ تلفه منه إن تلف، يعني: من صاحبه حتىٰ يقبضه الآخر.

وبيعهما جائز كذلك؛ لأنَّهُ بيع عينٍ بعينٍ، وإنما الذي لا يجوز بيع

---

(١) قوله: «بدَينٍ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «بثمن».
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٧).
(٣) كتب فوق السطر في هذا الموضع: «هما»، أي: «يستوفياهما».
(٤) المختصر الكبير، ص (٢٥٧).

الدَّيـن بالدَّين، فأمّا بيع العين بالعين فجائزٌ، سـواءٌ كانتـا حاضرتين لعقد البيع أو غائبتين عنه.

❀❀❀

[١٠٨٧] مسـألة: قال: ومن أتىٰ حائكـًا، فاشـترىٰ منه ثوبـًا علىٰ مَنْسَجِهِ قد بقي منه بعضه، ونَقَدَهُ، فلا خير في ذلك[١].

✍ إنّما كره هذا لوجهين:

لأنّه لا يدري كيف يخرج، فهو غررٌ.

وللنقد أيضـًا فيه؛ لأنَّهُ يصير قرضـًا جرَّ منفعةً متىٰ لم يحصل له شراء الثوب؛ لأنَّهُ قد سلف قبل نسجه.

❀❀❀

[١٠٨٨] مسألة: قال: ولا بأس بشراء الدُّور الغائبة وينقد ثمنها[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّها مأمونةٌ سليمةٌ من التلف في الأغلب، فليس يدخل ذلك بيعٌ وسلفٌ كما يدخل ذلك في الحيوان والعروض التي يسرع إليها التلف.

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٧)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٧)، المدونة [٣/ ٢٦٠]، النوادر والزيادات [٦/ ٣٦٤].

[١٠٨٩] مسألة: قال: ولا خير في أن يشتري الرّجل الدُّور مُذَارَعَة فينقد ثمنها؛ لأنَّ ذلك يزيد وينقص(١).

✍ يعني: يزيد الثمن على الأذرع، فيكون ما زاد سلفًا وبيعًا متى نقد قبل أن يعلم مقدار الأذرع.

❀❀❀

[١٠٩٠] مسألة: قال: ومن اشترى داراً حَبْسًا على قومٍ مرجعها إلى عشر سنين ولا ينقد، فلا خير في ذلك، لا نقد ولا لم ينقد(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ لا يدري كيف تكون الدّار يوم يموت المُحْبَسُ عَلَيْهِمْ، هل تكون عامرةً أو خرابًا، أو تتلف قبل ذلك، وذلك غررٌ [٢/٩٦/ب] لا يجوز؛ لأنَّهُ لا يقدر على قبضها قبل تقضي عشر سنين، وتكون مجهولة الحال بعد عشر سنين، وذلك غير جائزٍ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر(٣).

❀❀❀

[١٠٩١] مسألة: قال: ولا يجوز النقد في بيع الخيار، لا إلى أجلٍ قريبٍ ولا بعيدٍ(٤).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٧)، النوادر والزيادات [٦/ ٣٦٦].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٧).

(٣) ينظر الحديث في المسألة رقم ١١٠٦ .

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٥٨)، المدونة [٣/ ٢٢٨]، النوادر والزيادات [٦/ ٣٨٩].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يدخل ذلك سلفٌ وبيعٌ؛ لأنَّ المشتري لا يدري هل يأخذ السلعة أو لا، فيكون قد غرر بالثمن وجعله سلفًا وبيعًا؛ لأنَّهُ:

⇦ إن أخذ البيع، فقد ارتخصه من أجل ما أسلف من النقد.

⇦ وإن لم يأخذه، كان البائع قد انتفع بمال المشتري من غير عوضٍ أخذه المشتري منه، وذلك هو البيع والسلف الذي نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه عنه.

فهذا علَّة منع مالكٍ شرط النقد في بيع الخيار وبيع الشّيء الغائب علىٰ الصفة إذا كان مثل الحيوان والعروض، دون الدُّور والأرضين.

❀❀❀

[١٠٩٢] مسألة: قال: ومن اشترىٰ بالخيار، كان الضمان من البائع، كان الخيار للبائع أو للمبتاع[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ملك البائع لا يزول عن الشّيء المبيع: إلّا بمضي أيام الخيار، واختيار المشتري للسلعة قبل ذلك إن كان الخيار له، فلمّا كان كذلك، كان تلف الشّيء المبيع من البائع؛ لأنَّ الشّيء علىٰ ملكه في الأصل، لم يزل حتىٰ يتم زواله إلىٰ ملك المشتري لِمَا ذكرنا، فيكون تلفه منه.

وسواءٌ كان الخيار للبائع أو المشتري، أو تلف الشّيء في يد البائع أو المشتري، أنَّ تلف ذلك كله من مال البائع؛ من قِبَلِ أنَّ ملكه باقٍ في الأصل، وإنما يزول بتقضي أيام الخيار، أو اختيار المشتري للشيء إذا كان الخيار له؛ لأنَّ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٨)، المختصر الصغير، ص (٥٥٩)، المدونة [٣/ ٢٢٧]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٨٨)، النوادر والزيادات [٦/ ٣٩٠].

المشتري إنّما ملك بوصفٍ، فمتىٰ لم تأت الصفة، لم يستقر ملكه علىٰ ما اشتراه، والشـيء المبيع في الأصل علىٰ ملك البائع [فوجب][1] أن يكون التلف منه لهذه العلة[2].

❀❀❀

[٢/٩٧/أ] **[١٠٩٣] مسألة: قال: وإن اشترىٰ واستوجب، وقال: «إن بدا لي رددت إلىٰ ما بيني وبين شهرٍ»، ثمّ أصيبت السلعة، فضمانها من المشتري**[3].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا القول غير موجبٍ علىٰ البائع ردَّ السلعة إليه، فهو لغوٌ إلّا أن يحب البائع قبول السلعة، فيكون بيعًا مستأنفًا ويجوز.

فإن كان هذا القول من المشتري في نفس العقد، كان البيع فاسداً.

فإن تلفت السلعة في يد المشتري، فضمانها منه بالقيمة لا الثمن؛ لأنَّ الشّيء المبيع إذا تلف في يد المشتري فضمانه منه بالقيمة، وإن تلف في يد البائع قبل قبض المشتري، فهو من مال البائع، ولا ثمن ولا قيمة علىٰ المشتري؛ لأنَّ المشتري لم يملك بالعقد فيلزمه الثمن، ولا ضمن بشبهة الملك بالقبض فتلزمه القيمة.

❀❀❀

---

(١) ما بين [ ] مطموس في شب، والمثبت من شرح التلمساني للتفريع [٨/ ١١٧]، حيث نقل الشرح عن الأبهري.

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ١١٧]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥٨)، النوادر والزيادات [٦/ ٣٨٦].

[١٠٩٤] قال: ومن باع سلعةً علىٰ أن يستشير رجلاً، ثمّ ندم المشتري قبل أن يستشير البائعُ، فالبيع لهما لازمٌ، فإن أحب الذي له الخيار أن يجيزه أجازه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنهما ألزما أنفسهما البيع بصفةٍ ما، فليس لهما ولا لأحدهما أن يرجع عن ذلك حتىٰ يستشر البائع الذي شرط مشورته، فيكون الأمر علىٰ ما يشترطه(٢).

❀❀❀

[١٠٩٥] مسألة: قال: ولا يجوز بيع السلعة تُشترىٰ بالخيار حتىٰ تُخْتَارَ(٣)**، فإذا أراد البيع فيُشْهِدُ علىٰ الخيار، ثمّ ليبع، وذلك مما نُهي عنه من ربح ما لم يضمن**(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ملك المشتري إنّما يتقرَّر علىٰ السلعة باختياره لها، فلا يجوز له بيعها قبل أن يملكها.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٨)، المدونة [٢/ ٢١٣]، النوادر والزيادات [٦/ ٣٨٧]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١٢٣].

(٢) قوله: «يشترطه»، فوقها علامة إلحاق، وفي الحاشية: «نسخة: يشير به»، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ١٢٢]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) قوله: «تُخْتَار»، كذا رسمها، والمراد، أن يختار المشتري إمضاء البيع وإسقاط الخيار، وفي المطبوع: «تحاز».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٥٨)، المدونة [٣/ ٢١٦]، النوادر والزيادات [٦/ ٣٩٧].

ويستقرُّ أيضاً ملكه عليها بتقضي مدَّة الخيار، فمتىٰ لم [يَخْتَرَا]^(١) لملكها، أو بتقضّي مدَّة الخيار ويترك ردَّها فيه، فهو غير مستقرٍّ الملك عليها.

فلهذا قال: «إنَّهُ لا يجوز بيعها قبل اختياره»، سواءٌ [.....](٢) أم لا.

ويدخل في بيعها أيضاً، ما قد نُهي عنه من ربح ما [٢/٩٧/ب] لم يضمن.

❀❀❀

[١٠٩٦] مسألة: قال: ومن باع جاريةً فوضعها للاستبراء، ثمّ ندم فأربح المشتري عشرةً، فليس عليه أن يدفعها حتىٰ تخرج أو لا تخرج(٣)، فإن خرجت أعطاه ربحه(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ بيع المشتري لها من البائع هو كأنه إقالةٌ بشيءٍ يعطيه، فجاز ذلك، وليس ذلك كما يبيعها من الأجنبي.

وليس يجوز أن يأخذ الربح من البائع؛ لأنَّـهُ لا يدري هل كان قد ملكها

---

(١) قوله: «يَخْتَرَا»، كذا استظهرتها كما هو في الصورة.
(٢) ما بين [ ]، كلمة غير واضحة.
(٣) قوله: «أو لا تخرج»، لعلها مقحمةً، ويستقيم السياق بدونها، وفي النوادر والزيادات [٦/ ٣٦٩]: «وأجاز مالك أن يقيله من الجارية في المواضعة، وإن أقاله بربح، فلا ينقده الربح حتىٰ تخرج من الاستبراء»، والله أعلم.
(٤) المختصر الكبير، ص (٢٥٨)، المدونة [٢/ ٣٦٩]، النوادر والزيادات [٦/ ٣٦٩].

أم لا، فيجوز أن يربح فيها؛ لأنّها إذا لم تحض فهي على ملك البائع دون ملك المشتري، ولم تدخل في ضمان المشتري قط، فلا يجوز أن يأخذ ربحها.

❀❀❀

[١٠٩٧] مسألة: قال: ومن ابتاع جاريةً بالخيار، فمات قبل أن يختار، فورثته بمثابته(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الخيار حقٌّ للمشتري، فإذا مات ورث ذلك ورثته عنه، كما يرثون سائر حقوقه.

وكل حقٍّ للإنسان من ملك عينٍ أو منفعةٍ في عينٍ فإنّه إذا مات ورث ذلك ورثته، إلّا ما كان من الوطء فإن ورثته لا يرثون ذلك؛ لأنَّ حقَّ الوطء لا يجوز أن يقيم غيره مقامه وينقله إليه، ويجوز ذلك في غيره من ملك الأعيان ومنافع الأعيان، فوجب أن يرث ذلك ورثته عنه.

❀❀❀

[١٠٩٨] قال: ومن باع سلعةً لرجلٍ واستثنىٰ رضاه، فسأله عن رضاه فقال: «أنت أَبْصَرُ، إن شئت فاختر وإن شئت فرده»، قال: «فلست أرىٰ أن أجيز»، فذلك له: إن شاء ردَّ، وإن شاء أمضىٰ(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٨)، المدونة [٣/ ٢٠٨]، النوادر والزيادات [٦/ ٣٨٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١١٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٨)، النوادر والزيادات [٦/ ٣٨٨]، البيان والتحصيل [٨/ ١٢٩].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الذي استثنىٰ رضاه - وهو صاحب السلعة - قد ردَّ ذلك إلىٰ الذي باعه وهو الواسطة، إن شاء أجاز وإن شاء ردَّ.

۞۞۞

[١٠٩٩] مسألة: قال: ومن باع سلعةً علىٰ أن يستأمر، ثمّ بدا له أن يرد البيع قبل أن يستأمر، فذلك له؛ لأنَّ البائع يقول: «لم أرد أستأمر أحداً، إنّما أردت أن أَنْظُرَ»، فذلك له(١).

✍ قد فسر مالكُ العلَّة في جواز ردِّ البائع البيع.

۞۞۞

[٢/٩٨/أ] **[١١٠٠] قال: ومن قال لرجلٍ عنده دابَّةٌ قد رآها: «آخُذُهَا منك بكذا وكذا ديناراً إن بلغت عندك القابل علىٰ هذه الحال»، فلا خير في ذلك؛ لأَنَّهُ كأنه زاده في الثمن علىٰ أن يضمن تلك الدابَّة إلىٰ أجلٍ**(٢).

✍ قد فسر مالكُ العلَّة في ذلك؛ لأَنَّهُ لا يجوز بيع دابَّةٍ بعينها، يقبض إلىٰ سنة؛ لأنَّ ذلك غررٌ؛ لأَنَّهُ لا يدري كيف تكون بعد سنةٍ، وذلك غررٌ، وقد نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه عن بيع الغرر.

۞۞۞

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٨)، النوادر والزيادات [٦/ ٣٨٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١٢٣].
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٥٨).

[١١٠١] قال: ولا بأس أن يشتري الرّجل الدابَّة، ويشترط ركوبها إلىٰ المكان القريب اليوم واليومين، وما أشبه ذلك(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا شرط مجوزٌ، إذ ليس شيءٌ يمنع منه، كما لو اشترط خيار يومٍ أو يومين جاز البيع.

وقد رَوَىٰ يحيىٰ بن زكريا بن أبي زائدة، عن أبيه(٢)، عن الشعبي، عن جابر: **«أَنَّهُ بَاعَ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ بَعِيراً، وَاشْتَرَطَ ظَهْرَهُ إِلَىٰ المَدِينَةِ»**(٣).

وقد رواه الثوري، عن أبي الزبير، عن جابر، عن النبيِّ ﷺ، فيما أحسب(٤).

ورَوَىٰ سفيان(٥)، عن أبي إسحاق، عن مرة بن شراحيل(٦): **«أَنَّ صُهَيْباً بَاعَ**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٥٩)، المختصر الصغير، ص (٥٦٠)، المدونة [٣/ ٧٨ و ٢٦٧].

(٢) زكريا بن أبي زائدة بن ميمون بن فيروز الهمداني الوادعي الكوفي، ثقة وكان يدلس، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٣٣٨).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة [٢٠/ ٢٠٩] بهذا الإسناد والمتن، وهو في البخاري (٢٤٠٥)، ومسلم [٥/ ٥١]، وهو في التحفة [٢/ ٢٠٤].

(٤) لم أقف عليه من هذا الطريق، وقد رواه الحميدي في مسنده [٢/ ٣٤٩]، وغيره من طريق ابن عيينة، عن أبي الزبير به، فلعلَّ هذا هو الإسناد الذي أراده الشارح، حيث لم يجزم بأنه الثوري.

(٥) هو الثوري.

(٦) مرة بن شراحيل الهمداني الكوفي، ثقة عابد، من الثانية. تقريب التهذيب، ص (٩٣٠).

دَارَهُ مِنْ عُثْمَانَ، وَاشْتَرَطَ سُكْنَاهَا كَذَا وَكَذَا»[١].

ومما يدلُّ علىٰ جواز البيع إذا كان معه شرطٌ، ما رواه مالك وعبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**مَنْ بَاعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ**»[٢]، فأجاز البيع والشرط، فهذا الخبر فيه حجةٌ علىٰ من منع من البيع والشرط، وهو أبو حنيفة[٣] والشافعي[٤].

فأمّا الشافعي: فقد أجاز بيع العبد علىٰ أن يعتقه المشتري[٥]، ولا فصل بين شرط العتق وغيره، إلّا أن يكون شرطاً مخالفاً للأصول، مما يحلُّ الحرام أو يحرِّم الحلال، فيكون البيع فاسداً، وذلك مثل ما يشترط أن يكون الولاء للبائع إذا أعتقه المشتري، وما أشبه ذلك من الشروط الفاسدة.

❀❀❀

[٢/٩٨/ب] **[١١٠٢] قال: ولا خير في أن يبيع الرّجل الدابَّة ويشترط عِقَاقَهَا.**

ولو قال: «هي عَقُوقٌ» ولم يشترط ذلك، لم يكن به بأس إن شاء الله[٦].

✍ يعني: يشترط أَنَّها حاملٌ، فلا يجوز ذلك؛ لأَنَّهُ كأنه قد أخذ ثمناً للحمل

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة [١١/ ٦١٣].

(٢) حديث مالك أخرجه في الموطأ [٤/ ٨٩٢]، وحديث عبيد الله، أخرجه مسلم [٥/ ١٦]، وهو في التحفة [٦/ ٢٠٩].

(٣) ينظر: مختصر اختلاف العلماء [٣/ ١٣٦]، المبسوط [١٣/ ١٣].

(٤) ينظر: الأم [٤/ ٧٨]، الحاوي [٦/ ٣٨١].

(٥) ينظر: الأم [٨/ ٢٢٩]، الحاوي للماوردي [٦/ ٣٨٣].

(٦) المختصر الكبير، ص (٢٥٩).

واشـترطه، وليـس يدري هل هي حامـلٌ أم لا، ولا كيف يكـون الحمل، فكما لا يجوز بيع الحمل للغرر والجهل، فكذلك لا يجوز اشتراطه.

فأمّا إذا قال: هي حاملٌ ولم يشترط، فجاز.

❀❀❀

[١١٠٣] قال: وفسَّـر المزابنة التي نهىٰ عنها رسول الله صلىٰ الله عليه: أنَّ كلّ شيءٍ من الجِزَافِ الذي لا يُعْلَم كيله ولا وزنه ولا عدده، يباع بشيءٍ من الكيل والعـدد من صنفه، فإنَّ ذلـك لا يجوز؛ لأَنَّهُ كأنه أعطاه ذلـك الجِزَافَ، وضمن له الكيل الذي شرط له أو العدد، فإن زاد كان له، أو إن نقص كان عليه.

وكلُّ ما كان يعصر من الحب فاشـتري بكيلٍ أو وزنٍ مما يخرج منه، فذلك مما وصفت لك من المزابنة[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا رواه مالكٌ، عن نافعٍ، عن ابن عمر: «**أَنَّ رَسُـولَ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ نَهَىٰ عَنِ الْمُزَابَنَةِ**»[(٢)].

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٥٩)، المختصـر الصغير، ص (٥٦٠)، الموطأ [٤/ ٩٠٥]، النوادر والزيادات [٦/ ٢١].

(٢) أخرجه مالك [٤/ ٩٠٣]، ومن طريقه البخاري (٢١٧١)، ومسلم [٥/ ١٥]، وهو في التحفة [٦/ ٢١٥].

ورَوَىٰ مالكٌ، عن داود بن الحصين[١]، عن أبي سفيان مولىٰ ابن أبي أحمد[٢]، عن أبي سعيد: «**أَنَّ رَسُولَ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ نَهَىٰ عَنِ المُزَابَنَةِ**»[٣].

ورَوَىٰ سفيان[٤]، عن سعد بن إبراهيم[٥]، عن عمرو[٦] بن أبي سلمة[٧]، عن أبيه، عن أبي هريرة: «**أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَىٰ عَنِ المُحَاقَلَةِ وَالمُزَابَنَةِ**»[٨].

ورَوَىٰ مالكٌ أيضًا، عن نافعٍ، عن ابن عمر: «**أَنَّ رَسُولَ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ نَهَىٰ عَنِ بَيْعِ المُزَابَنَةِ، وَالمُزَابَنَةُ بَيْعُ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ كَيْلاً، وَبَيْعُ الكَرْمِ بِالزَّبِيبِ كَيْلاً**»[٩].

ورَوَىٰ أيوب، عن نافعٍ، عن ابن عمر قال: «**نَهَىٰ رَسُولُ الله ﷺ عَنِ**

---

(١) داود بن الحصين الأموي مولاهم المدني، ثقة إلاّ في عكرمة، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٣٠٥).

(٢) أبو سفيان، مولىٰ ابن أبي أحمد، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (١١٥٥).

(٣) أخرجه مالك [٤/ ٩٠٣]، ومن طريقه البخاري (٢١٨٦)، ومسلم [٢/ ٢١].

(٤) هو الثوري.

(٥) سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف، ثقة فاضل عابد، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٣٦٧).

(٦) قوله: «عمرو»، كذا في شب، وفي مصادر الترجمة: «عمر».

(٧) عمر بن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري، صدوق يخطئ، من السادسة، ينظر: التاريخ الكبير [٦/ ١٦٦]، الجرح والتعديل [١/ ١٤٦]، تقريب التهذيب، ص (٧٢٠).

(٨) أخرجه أحمد [١٦/ ١٩٤]، وابن أبي شيبة [١١/ ٤٩٩] بهذا الإسناد، وهو عند مسلم [٥/ ٢١]، وفي التحفة [١٠/ ٤٧٠].

(٩) هو نفسه الحديث المتقدِّم قبل قليل.

الْمُزَابَنَةِ، وَالْمُزَابَنَةُ: أَنْ يُبَاعَ مَا فِي رُؤُوسِ النَّخْلِ بِتَمْرٍ مَكِيْلٍ، إِنْ زَادَ فَلِي، وَإِنْ نَقَصَ فَعَلَيَّ»(١).

فلهذا منع مالكٌ من المزابنة في المأكول وغيره؛ لأنّها غررٌ.

أما في المأكول: فيدخله الغرر، ويدخله [٢/٩٩/أ] الربا إذا كان من جنسٍ واحدٍ وكان مما فيه الربا.

وأمّا في غير المأكول: فيدخله الغرر والمخاطرة.

قال مالك: «من ذلك أن يأتي الرّجل إلىٰ الرّجل له النوىٰ المُصَبَّرُ(٢) وما أشبه ذلك، فيقول: كِلْه، فإن زاد علىٰ كذا وكذا فلي، وإن نقص فعلي»، فيقال: «إنَّ ذلك لا يجوز»، فيقول: «فأنا أشتريه منك»، قال: «فهو خطر وقمار»(٣).

ولا فصل عنده بين ما يدخله الربا من الجنس الواحد أو لا يدخله في دخول المزابنة فيه؛ لأنّها ضربٌ من الخطر والقمار، وذلك موجودٌ في غير المأكول.

فأمّا إذا تيقن أنَّ أحد الشيئين أكثر من الآخر فلا بأس به، سواءٌ كان المعلوم أكثر أو المجهول؛ لأنهما لم يتخاطرا، وإنما باعا قليلاً بكثيرٍ، وذلك جائزٌ إذا كان من جنسٍ واحدٍ، وكان يداً بيدٍ.

فإن كان من جنسين وكان غير الطعام، جاز التفاضل فيه يداً بيدٍ، وإلىٰ أجلٍ.

---

(١) متفق عليه: البخاري (٢١٧٢)، مسلم [٥/ ١٥]، وهو في التحفة [٣/ ٢١٧].

(٢) قوله: «المُصَبَّر»، هو الموضوع في صبرة، والصبرة: الشّيء المجموع غير المكيل، ينظر: التنبيهات المستنبطة للقاضي عياض [٢/ ١٠٩٥].

(٣) ينظر: الموطأ [٤/ ٩٠٤].

وقوله: «وكلُّ ما كان يعصر من الحب فاشتُري بكيلٍ أو وزنٍ مما يخرج منه، فذلك مثل ما وصفت لك من المزابنة»؛ فلأنَّ ما يخرج من الحب مجهولٌ، فلا يجوز أن يُشْتَرىٰ الحب أو ما يخرج منه بشيءٍ معلومٍ أو مجهولٍ مما يخرج من ذلك الحب؛ لأنَّ ذلك غررٌ ومخاطرةٌ.

وإن كان مما يؤكل، دخله الربا أيضًا، وذلك كله غير جائزٍ.

❀❀❀

[١١٠٤] مسألة: قال: ولا بأس بالبان إذا كان قد طُيِّبَ بحبِّ البان؛ لأنَّ ذلك قد حال عن حاله؛ لأنَّ الذي يخرج من حبّ البان إنّما هو السليخة[(١)(٢)].

✍ قد ذكر مالكٌ العلَّة في ذلك، وهو أنَّ البان المطيب ليس يخرج من حب البان؛ لأنَّ المطيب قد تغَيَّرَ بالصنعة والطيب الذي يجعل فيه، فليس يدخل ذلك مزابنة؛ لأنَّ المزابنة إنّما هي فيما كان منفعته واحدةٌ من الجنس الواحد، فأمّا إذا اختلفت منافعه فجاز فيه التفاضل، وخرج [٢/٩٩/ب] من حدِّ المزابنة.

❀❀❀

---

(١) قوله: «السليخة»، هو دهن ثمر البان قبل أن يربب، فإذا ربب بالمسك والطيب ثمّ اعتصر فهو منشوش، وقد نش نشًا، أي: اختلط الدهن بروائح الطيب، ينظر: تاج العروس [٧/ ٢٧٢].

(٢) إلىٰ هنا انتهت المسألة، وقد تم إدراج الشرح معها في المطبوع، وهي في المختصر الكبير، ص (٢٥٩).

[١١٠٥] مسألة: قال: ولا خير في أن يباع الجلجلان[(١)] بالزنبق[(٢)] إلىٰ أجلٍ[(٣)].

✍ إنّما منع من ذلك؛ لأنَّ الزنبق يخرج من الجلجلان، فكأنه قد باع مجهولاً بمعلومٍ إلىٰ أجلٍ من جنسٍ، وذلك مزابنةٌ.

❀❀❀

[١١٠٦] مسألة: قال: ونهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه عن بيع الغرر.

وبيع الآبق والضالة من الغرر، واستثناء ما في بطون الإناث من الغرر[(٤)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ذلك كله غررٌ، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.

فرَوَىٰ مالكٌ، عن أبي حازمٍ، عن ابن المسيب: «**أَنَّ رَسُولَ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ**»[(٥)].

---

(١) قوله: «الجُلْجُلاَن»، هو السمسم، وقيل: حب كالكزبرة، ينظر: النهاية في غريب الحديث [١/ ٢٨٣].

(٢) قوله: «بالزنبق»، هو دهن الياسمين، ينظر: المغرب في ترتيب المعرب، ص (٢٠٦)، النظم المستعذب [١/ ١٩٤].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٥٩).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٦٠)، المختصر الصغير، ص (٥٦٠)، المدونة [٣/ ٢٥٤]، النوادر والزيادات [٦/ ١٤٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٨٣].

(٥) أخرجه مالك [٤/ ٩٦٠]، وعبد الرزاق [٨/ ١٠٩].

وروَىٰ عبيد الله بـن عمر، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة: «**أَنَّ رَسُولُ الله ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ الحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الغَرَرِ**»(١).

ومعنـىٰ النهي عن بيع الغرر: هو لأنَّ المشـتري لا يـدري هل يحصل له ما اشتراه أم لا، وذلك من أكل المال بالباطل؛ لأنَّهُ لم يُخْرِج ماله علىٰ عوضٍ يأخذه لا محالـة، ولا أخرجـه علىٰ وجه القربة إلىٰ الله تعالـىٰ من غير عوضٍ يأخذه في الدنيا، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩].

⇦ فكلّ شيءٍ لا يعلم المشتري هل يحصل له ما اشتراه أو لا، فشراؤه غير جائزٍ؛ لأنَّهُ غررٌ.

⇦ وكلّ شيءٍ حاصلٌ للمشتري، أو يعلم في الأغلب أنَّهُ يحصل له، فشراؤه جائزٌ.

هذا أصل البياعات، أنَّ الغرر إذا كان فيها الغالب، لم يجز، فإذا كان يسـيراً تبعـًا جازت؛ لأنّها لا تخلو منه.

ولـو منع البيع حتىٰ لا يكون فيه غررٌ وإن قلَّ، لأضر ذلك بالناس، وقد منع

---

(١) أخرجه مسلم [٥/ ٣]، وهو في التحفة [١٠/ ١٨٦].

رسـول الله صلىٰ الله عليه من بيع الثمرة قبل بُدوِّ صلاحهـا عَلَىٰ التَّبْقِيَةِ[(١)]، وإذا بدا صلاحها، جاز بيعها عَلَىٰ التَّبْقِيَةِ؛ لأنَّ الغرر قد قلَّ فيه[(٢)].

❀❀❀

[١١٠٧] مسـألة: قال: ومن باع من رجلٍ سـلعةً علىٰ أن لا نقصان عليه[(٣)]، فذلك من المخاطرة، وللمبتاع أجرة مثله، والربح [٢/١٠٠/أ] والنقصان من البائع.

وذلك إذا فاتت، وإن لم تفت فُسِخَ.

وأمّا إذا وجب البيع وعَقَدَهُ، ثمّ شَرَطَ ذلك، فلا بأس[(٤)].

✍ إنّمـا قـال ذلـك ؛ لأنّ البائع كأنه قد اكترىٰ المشـتري بربـحٍ إن كان في السلعة.

كذلـك قال مالكٌ في غير هذا الموضع، فهذه إجارةٌ فاسـدةٌ وليس هو بيعٌ، فلا يجوز.

والربـح والوضيعـة للبائع؛ لأنَّهُ لـم يملك المشـتري السـلعة، وله أجر مثله فيما باع.

---

(١) متفق عليه من حديث ابن عمر: البخاري (١٤٨٦)، ومسلم [٥/ ١١]، وهو في التحفة [٥/ ٤٥٥].

(٢) من قوله: «وذلك من أكل المال بالباطل»، إلىٰ هذا الموضع، نقله التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٨٣]، ولم يشر إلىٰ الأبهري.

(٣) في النوادر والزيادات [٦/ ٣٣٨]: «علىٰ أن لا نقصان عليه إن خسر».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٦٠)، النوادر والزيادات [٦/ ٣٣٨].

وهـذا إذا وقـع عقد البيع علـىٰ ذلك وفاتت السـلعة، فأمّا إذا قـال البائع له ذلـك بعـد عقده البيـع، فليس هذا القول مما يفسـد عقد البيـع ؛ لأنَّ البائع تطوع بالوضيعة، وهي معروفٌ وإحسـانٌ يفعله بالمشـتري إن شـاء، وليس يلزمه ذلك بشرطه في عقد البيع.

❀❀❀

[١١٠٨] مسـألة: قـال: والملامسـة التي نهـىٰ رسـول الله صلىٰ الله عليه عنهـا: أن يلمس الرّجل الثوب ولا ينشـره ولا يتبين[١] ما فيـه، فيبتاعه أو يبيعه ليلًا وهو جاهلٌ به.

والمنابـذة: أن ينبـذ الرّجل ثوبه إلـىٰ رجلٍ وينبذ الآخر إليـه ثوبه، علىٰ غير معرفةٍ منهما أحدهما بصاحبه[٢].

✍ معنىٰ نهي رسـول الله صلىٰ الله عليه عن بيع الملامسـة والمنابذة هو الغرر؛ لأنَّ المشـتري ليس يعلم ما اشـتراه ولا تثبته إذا اشـتراه ليلاً أو من غير أن ينشـره ويتبيَّن ما فيـه، وكذلك إذا نبذ كلُّ واحدٍ إلىٰ الآخر ثوبـه ولم يعرفا ما فيه، وذلـك من الغـرر وأكل المال بالباطل، وقد نهىٰ رسـول الله ﷺ عن الغرر وعن الملامسة والمنابذة.

(١) قوله: «يتبين»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ينظر».

(٢) المختصـر الكبير، ص (٢٦٠)، المختصر الصغير، ص (٥٦١)، المدونة [٣/ ٢٥٣]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٨٨)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٧٩].

ورَوَىٰ مالكٌ عن محمد بن يحيىٰ بن حبان، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة: «أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَىٰ عَنِ المُلَامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ»(١).

ورَوَىٰ ابن عيينة، عن الزهري، عن عطاء بن يزيد(٢)، عن أبي سعيدٍ، عن النبيِّ صلىٰ الله عليه: «نَهَىٰ عَنِ المُلَامَسَةِ وَالمُنَابَذَةِ»(٣).

❀❀❀

[١١٠٩] مسألة: قال: ولا يجوز بيع السَّاجِ [٢/٩٦/أ] المدرج في جرابه، ولا القمطي(٤) في طيِّه، حتىٰ ينشر(٥).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ السَّاج - وهو الكساء -، لا مشقة عليه في نشره

---

(١) أخرجه مالك [٤/ ٩٦٢]، ومن طريقه البخاري (٢١٤٦)، ومسلم [٢/ ٥]، وهو في التحفة [١٠/ ١٩٣].

(٢) عطاء بن يزيد الليثي المدني نزيل الشام، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٦٧٩).

(٣) أخرجه أبو داود [٤/ ١١٣]، بهذا الإسناد، وهو في البخاري (٢١٤٧) من طريق معمر، وهو في التحفة [٣/ ٤٠٢].

(٤) قوله: «القمطي»، كذا رسمها في شب، وسوف تتكرر في الشرح، وفي الموطأ [٤/ ٩٦٣]، والمدونة [٣/ ٢٥٤]، والتفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٨٠]: «القبطي»، وفي المطبوع: «القميص»، قال التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٨٠]: «والثوب القُبْطي، .... ثيابٌ تتّخذ بمصر».

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٦٠)، الموطأ [٤/ ٩٦٣]، المدونة [٣/ ٢٥٤]، النوادر والزيادات [٦/ ٢٦٣ و ٣٦٢]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٨٠].

وتقليبه، وكذلك الثوب القمطي، فمتىٰ ترك ذلك، فقد قصد بيع الغرر، وذلك غير جائزٍ[١].

❀❀❀

[١١١٠] قال: ولا بأس ببيع الأعدال[٢] علىٰ البَارْنَامَجِ[٣][٤].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ علىٰ البائع في فتحها ونشرها مشقةً وضرراً؛ لأنَّهُ يثقل عليه فتحها ونشرها، ثمّ شَدُّهَا؛ لكثرة ذلك وغلظ المؤنة فيه، إذ قد يجوز أن يشتريها المشتري أو لا، فجاز أن يبيع لهذه العلة علىٰ الصفة، فإن كانت علىٰ الصفة، لزم المشتري البيع، وإن خالفت الصفة، كان له ردُّها، كما يجوز أن يباع الشّيء إذا كان غائباً بالصفة، وإذا جاء علىٰ الصفة، لزمه.

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٨٠]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) قوله: «الأعدال»، هو جمع عِدلٍ، ومثناها عدلان، قال الخليل في العين [٢/ ٣٨]: والعدلان: الحملان علىٰ الدّابّة، من جانبين، وجمعه: أعْدالٌ، عُدِلَ أحدهما بالآخر في الاستواء، وذكر المازري في شرح التلقين: [٢/ ٨٩١]: أنَّ التجار كانوا يشدون أصْنَاف المتاع في الأعدال العظيمة ويقتصرون في بيع ما، علىٰ ما أثبتوه في البرنامج من عدد كلّ صنف مما اشتمل العدل عليه وصفاته.

(٣) قوله: «البَارْنَامَج»، هي كلمة فارسية، تطلق علىٰ النسخة التي يكتب فيها مقدار الشّيء المبعوث، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٣٩)، وبيع الأعدال علىٰ البارنامج: وهو أن يبيعها علىٰ الصفة التي يتضمنها برنامجه من ذكر الجنس والنوع والزرع والعدد والسعر، ينظر: المعونة، ص (٩٨١).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٦٠)، المدونة [٣/ ٢٥٧]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٨٩)، النوادر والزيادات [٦/ ٣٦٢]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١٧٤].

وكذلك يجوز السلم في الشّيء علىٰ الصفة؛ لأنَّ الصفات تقوم في جواز البيع مقام بيع الأعيان الحاضرة في جواز بيعها.

فلهذا المعنىٰ قال مالك: «لا بأس ببيع الأعدال علىٰ البارنامج»، يعني بصفة البارنامج.

وليس الاعدال كالثوب الواحد المطوي؛ لأنَّ الثوب الواحد أو الثوبين أمرهما خفيفٌ في نشرهما أو طيّهما[1].

❀❀❀

[١١١١] مسألة: قال: ولا خير في أن يشتري الرّجل الجارية إلىٰ السنة:

⇦ علىٰ أَنَّهُ: إن باع قبل ذلك، نقده.

⇦ ولا علىٰ أَنَّهُ: إن مات قبل ذلك فهي له[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير أجل الثمن مجهولاً؛ لأنَّهُ لا يدري متىٰ يبيعها.

وكذلك لا يجوز أن يشترط المشتري أنَّهُ إذا مات فهي للبائع؛ لأنَّ المشتري لم يملكها تمليكاً صحيحاً؛ لأنَّ البائع قد شرط عليه ردَّها إليه إذا مات، فلم يُمَلّكه تمليكاً صحيحاً؛ لأنَّ الملك الصحيح هو ما يتصرَّف الإنسان فيه في البيع والعتق والهبة وأشباه ذلك، فكان البيع فاسداً لِمَا ذكرناه.

❀❀❀

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ١٧٥]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٠).

[١١١٢] مسألة: قال: ولا خير في بيع الجلجلان علىٰ أنَّ له عصارته[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ البائع كأنه باعه زيت الجلجلان، [٢/٩٥/ب] وهو مجهول المقدار، وذلك لا يجوز.

❀❀❀

[١١١٣] مسألة: قال: ولا خير في [تقبيل][٢] برك الحيتان[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا بيع السمك في الماء وهو مجهول المقدار، وذلك مما قد نُهي عنه من بيع الغرر.

❀❀❀

[١١١٤] مسألة: قال: ومن كانت بين يديه صبرةٌ، فقال لرجل: «كِلْهَا، فما وجدت فيها فلك من صبرتي هذه مثله بدينارٍ»، فلا خير فيه[٤].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ قد باع بدينارٍ شيئًا لا يعلم مقداه في حال ما باع،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦١).

(٢) قوله: «تقبيل»، كذا رسمها كما في الصورة، ولم أقف علىٰ معناها في المعاجم بحسب ما بحثت، وهي تستخدم في عرف التجار اليوم، ويراد بها بيع المحل مع جميع محتوياته، وفي المدونة [٣/ ١٩٧]: «قلت: ما قول مالكٍ فيمن باع حيتانًا محظّراً عليها في الآجام، أيجوز ذلك أم لا؟

قال: سألت مالكًا عن الرّجل يبيع برك الحيتان، يبيع صيدها من الحيتان، فكره ذلك، وقال: لا خير فيه».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦١)، المدونة [٣/ ١٩٨]، النوادر والزيادات [١١/ ٢٠].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٦١).

وإنما يعلم بعد ذلك، وذلك غير جائزٍ؛ لأَنَّهُ لم يقابل الدينار شيءٌ معلومٌ في حال العقد، وإذا باعه كلّ قفيزٍ[١] بدينارٍ، فقد علم ما يقابل كلّ دينارٍ من القفيز.

❀❀❀

[١١١٥] مسألة: قال: ولا خير في أن يبيع الرّجل الزّرع[٢]، علىٰ أنَّ علىٰ البائع حصاده ودراسه؛ لأَنَّهُ كأنه باعه ما يخرج منه[٣].

✍ قد فسر مالكٌ علَّة منعه من البيع، وهو أنَّ ما يخرج من الحنطة مجهولٌ؛ لأنَّ البائع إنّما باعه الحنطة لا الزرع، ولو باعه الزرع، كان جائزاً.

❀❀❀

[١١١٦] مسألة: قال: وإذا أتىٰ رجلٌ إلىٰ رجلٍ فقال: «قد أخذت منك ما في هذه الغِرَارةِ[٤] من الطعام بدينارٍ»، فلا بأس به إذا كان يراها، وإذا جاءه بغِرارةٍ فقال: «املأها لي بدنيارٍ»، فلا خير فيه؛ لأَنَّهُ لا يدري ما يدخل فيها[٥].

---

(١) قوله: «قفيز»، هو مكيال معروف، وجمعه قفزان وهو اثنا عشر منّاً، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٣٩١).

(٢) قوله: «الزّرع»، كذا في شب، وفي المدونة [٣/ ٣٢٠]: «فالقمح يشتريه علىٰ أنّ علىٰ بائعه حصاده ودراسه وذروه، يشتريه زرعاً قائماً قد يبس».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦١)، المدونة [٣/ ٣٢٠].

(٤) قوله: «الغِرَارة»، هي وعاء من صوف أو شعر لنقل التبن وما أشبهه، طلبة الطلبة، ص (١١٠).

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٦١)، النوادر والزيادات [٦/ ٧٧].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ما في الغرارة من الطعام يُحزر ويُرىٰ مقدار الطعام، وبيع ذلك جائزٌ كبيع الصبرة؛ لأنّها تحزر وترىٰ.

وإذا باعـه ملء الغرارة، لم يجز؛ لأنَّهُ لا يـدري مقدار ملائها من الكيل ولا رآه جزافًا، فحزر فعُرِفَ ذلك بالحزر.

❀❀❀

[١١١٧] مسألة: قال: وإذا أتىٰ رجلٌ إلىٰ رجلٍ بقدحٍ أو صحفةٍ، فقال: «املأ لي بدرهمٍ»، فلا يجوز، إلّا أن يكون في موضعٍ لا مكيال فيه فيجوز[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ مقدار ملائها غير معلومٍ؛ فلا يجوز بيعه للغرر فيه.

وأجاز بيعه إذا لم يوجد مكيالٌ غيره؛ [٢/٩٥/أ] للحاجة إلىٰ ذلك.

ولأنهما لم يقصدا بذلك الغرر كما يقصدان حيث يوجد المكيال.

❀❀❀

[١١١٨] مسألة: قال: ولا يشتري الزرع المُرَوحَ[٢] عامين ولا ثلاثة[٣].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦١)، النوادر والزيادات [٦/ ١٩ و ٧٦ و ٧٧].

(٢) قوله: «المُرَوح»، مثبتة في الحاشية، وهي غير مثبتة في المطبوع.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ لا يدري كيف يكون في العام الثاني والثالث، وذلك غررٌ، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن بيع الغرر، ونهىٰ عن بيع الثمر سنين[١].

❁❁❁

[١١١٩] مسألة: قال: ولا يباع القمح في تبنه، ولا بأس أن يباع قائمًا في سنبله وقت يُنْظَرُ إليه[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ القمح في التبن مجهول المقدار، فلا يجوز بيعه؛ لأنَّهُ غررٌ.

ويجوز بيع السنبل؛ لأنَّهُ إنّما باع السنبل علىٰ حاله كذلك، لا الحنطة التي فيه، فبيعه كذلك جائزٌ.

وقد رَوَىٰ حماد بن زيدٍ وابن علية، عن أيوب، عن نافعٍ، عن ابن عمر: **«أَنَّ رَسُولَ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّىٰ يَبْيَضَّ»**[٣]، فثبت بهذا الحديث أَنَّهُ إذا ابيضَّ جاز بيعه، وفي الخبر: **«أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ التَّمْرِ حَتَّىٰ يَصْفَرَّ،**

---

(١) أخرجه مسلم [٥/ ٢٠]، من حديث جابر رضي الله عنه، قال: «نهىٰ النبيُّ ﷺ عن بيع السنين»، وفي رواية «عن بيع الثمر سنين»، وهو في التحفة [٢/ ١٨٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦١).

(٣) أخرجه مسلم [٥/ ١١]، وهو في التحفة [٦/ ٦٣].

وَعَنِ السُّنْبُلِ حَتَّىٰ يَبْيَضَّ»[(١)]، فإذا اصفرَّ التمر جاز بيعه، فكذلك السنبل إذا ابيضَّ، وَإِلّا فلا معنىٰ للخبر.

❀❀❀

[١١٢٠] مسألة: قال: ولا خير في بيعتين في بيعة؛ لنهي رسول الله صلىٰ الله عليه عن ذلك.

ومن باع سلعةً بعشرةٍ نقداً، أو بخمسة عشر إلىٰ أجلٍ، فلا يجوز[(٢)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ البائع ينتقل من خمسة عشر في ذمَّة المشتري إلىٰ أجلٍ إلىٰ عشرة نقداً يبيعها به، أو من عشرةٍ نقداً إلىٰ خمسة عشر إلىٰ أجلٍ، فيدخله الربا.

ومعنىٰ ذلك عند مالكٍ: إذا قال: «قد وجبت السلعة لك بأحد الثمنين»، فأمّا إذا لم يوجبها وكان المشتري مخيراً: إن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فلا بأس بذلك، وقد فسر مالك ذلك في غير هذا المكان، وهذا هو معنىٰ بيعتين في بيعةٍ التي نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه عنه.

فرَوَىٰ يحيىٰ بن سعيد القطان، عن محمد بن عمرٍو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة، عن النبيِّ صلىٰ الله عليه: «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»[(٣)].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق [٨/ ٦٣]، وابن أبي شيبة [١٠/ ٥٠٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦١)، المختصر الصغير، ص (٥٦١)، المدونة [٣/ ٢٢٦].

(٣) أخرجه أبو داود [٤/ ١٦٨]، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا»، وهو في التحفة [١١/ ١٨].

ورواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبيِّ ﷺ[١].

❁❁❁

[٢/٩٤/ب] [١١٢١] **مسألة: قال: ومن قال لرجلٍ بين يديه صبرةٌ[٢]: «أشتري منك التمر: إردبين[٣] الصَّيْحَانِي[٤] والعجوة[٥] ثلاثة، والقمح الأبيض إردبين[٦] والأسمر[٧] ثلاثة»، فلا يجوز[٨].**

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يدخله التفاضل في الجنس الواحد.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند [١١/ ٢٠٣] بهذا اللفظ، وهو عند أبي داود [٤/ ١٨٢]، والترمذي [٢/ ٥١٥]، وابن ماجه [٣/ ٣٠٨]، وهو في التحفة [٦/ ٣٠٤].

(٢) قوله: «صبرةٌ»، هي الكومة المجموعة من الطعام، ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٤٠)، الفروع لابن مفلح [٤/ ٢٧]

(٣) قوله: «إردبين»، هي مثنىٰ إردب، وهو كيل معروف بمصر، يعادل أربعة وستين منّاً، والمنُّ رطلان، ويعادل أيضاً أربعة وعشرين صاعاً نبوياً، ينظر: المصباح المنير، ص (٢٢٤).

(٤) قوله: «الصَّيْحَانِي»، هو ضرب من تمر المدينة، أسود صلب المضغ، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٢٧٥).

(٥) قوله: «والعجوة»، كذا في شب، ولعلها: «أو العجوة»، كما في الموطأ [٤/ ٩٥٩]؛ إذ السياق في مسائل بيعتين في بيعة، والله أعلم.

(٦) قوله: «إردبين»، ساقطة من المطبوع.

(٧) قوله: «والأسمر»، لعلها: «أو الأسمر»، كما تقدم.

(٨) المختصر الكبير، ص (٢٤٨)، الموطأ [٤/ ٩٥٩]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٩)، الاستذكار [٢٠/ ١٧٥].

ويدخله بيع الطعام قبل قبضه؛ لأَنَّهُ ينتقل من صنفٍ إلىٰ صنفٍ غيره أقل منه أو أكثر، وذلك مكروهٌ.

❀❀❀

[١١٢٢] **قال: ومن قال لرجلٍ: «أشتري منك تمر نخلةٍ من حائطك، أختارها بدينارٍ»، فلا يجوز ذلك؛ لأَنَّهُ يترك كيلًا(١) ويأخذ غيره، وفي ذلك تفاضلٌ، فيكون كأنه اشترىٰ بعض ذلك ببعضٍ متفاضلاً(٢).**

✍ قد ذكر مالكٌ العلَّة في ذلك، وهي أَنَّهُ ينتقل من تمر نخلةٍ إلىٰ تمر نخلةٍ أخرىٰ أقل منه أو أكثر، فيدخل ذلك التفاضل في التمر، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١١٢٣] **مسألة: قال: ومن باع سلعةً بدينارٍ نقداً أو باثنين إلىٰ شهرٍ، فُسِخ ذلك، فإن فاتت السلعة ردَّت إلىٰ قيمتها نقداً، ولا يعطي أقل الثمنين إلىٰ أقصىٰ الأجلين(٣)**

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا بيعتين في بيعة، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن ذلك(٤).

---

(١) قوله: «كيلًا»، كذا في شب، وفي المطبوع: «نخيلًا».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٨)، الموطأ [٤/ ٩٠٨]، الاستذكار [١٩/ ١٦٨]، الجامع لابن يونس [١٣/ ٨٤٨].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٨).

(٤) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٢٠ .

ووجه كراهيته: أَنَّهُ ينتقل من أحد الثمنين إلىٰ الآخر علىٰ ما فسرناه.

فيفسخ البيع إن كان قائماً، فإن فاتت السلعة رجع إلىٰ قيمتها؛ لأنَّ المبيع الفاسد إذا تلف رُجِعَ إلىٰ قيمته يوم القبض، لا إلىٰ الثمن المسمىٰ.

❀❀❀

[١١٢٤] مسألة: قال: ولو قال رجلٌ لرجلٍ: «خذ هذا الثوب بدينارٍ نقداً، أو بخمسةٍ إلىٰ شهرٍ»، وكلاهما بالخيار في الأخذ أو الترك، فلا بأس به، وإن كان قد وجب علىٰ أحدهما أحد الثمنين بخيارٍ في ذلك، فلا خير فيه[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ إذا لم يجب أحد الثمنين علىٰ المشتري فليس فيه انتقالٌ من ثمنٍ إلىٰ ثمنٍ؛ لأنَّ المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك.

وإذا وجب البيع بأحدهما، دخله الانتقال من أحد الثمنين إلىٰ الآخر، وذلك ربا وغررٌ[٢].

❀❀❀

[٢/٩٤/أ] **[١١٢٥] قال: ومن باع ثوباً بدينارٍ علىٰ أنْ يعطَىٰ به حنطةً إلىٰ شهرٍ[٣]، فلا بأس به؛ لأَنَّهُ إنّما وجب بالحنطة[٤].**

✍ قد ذكر مالكٌ العلَّة في ذلك؛ لأنَّهُ لو ابتدأ بيع الثوب بحنطةٍ معلومةٍ إلىٰ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٨).

(٢) هذا هو آخر ما هو موجود من كتاب البيوع، وما بعده مفقود.

(٣) قوله: «إلىٰ شهرٍ»، مثبت في شب، وساقط من المطبوع.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤١).

شهرٍ جاز، فكذلك إذا قال إنَّهُ يأخذ بالدينار حنطةً إلىٰ شهرٍ؛ لأنَّ ذكر الدينار لغوٌ، وإنما وقع البيع بالحنطة إلىٰ شهرٍ.

وقد ذكر ابن القاسم وابن وهبٍ عن مالكٍ أَنَّهُ قال: «إنّما يُنْظَر في البيوع إلىٰ حُسْنِ الفعل لا حسن القول، فإن حَسُنَ الفعل جاز البيع وإن قبح القول، وإن قبح الفعل لم يجز وإن حسن القول»[1].

❀❀❀

[١١٢٦] مسـألة: قال: وإن قال رجلٌ لرجلٍ: «خذ هذا الثوب بدينارٍ، وهذا الآخر باثنين، خذ أيهما شئت فقد وجب»، فلا خير فيه[2].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأَنَّهُ ينتقـل من أحد الثمنين إلىٰ الآخـر علىٰ ما ذكرناه، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١١٢٧] قال: ومن باع لرجلٍ غائبٍ طعامـًا، وزعم أَنَّهُ لرجلٍ كتب إليه فيه، فيقول المبتاع: «أنا أشتري منك، فإن أقرَّ[3] لي بَرِئْتَ، وإن لم يُقر[4] لي فأنت لهذا الطعام ضامنٌ»، فلا بأس بذلك.

---

(١) ينظر: المدونة [٣/ ١٦٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤١).

(٣) قوله: «أقرَّ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «أقررت».

(٤) قوله: «يُقر»، كذا في شب، وفي المطبوع: «تقر».

وكذلك الرّجل يبتاع الغلام للرجل بالسوق[١].

✍ يعني: برئت من العهدة؛ لأَنَّهُ إذا ثبت أَنَّهُ لغيره كانت العهدة علىٰ البائع، وبيعه جائزٌ علىٰ صاحبه دون الوكيل أو المأمور ببيعه، وإذا لم يثبت أنَّ المبيع لغيره، كانت العهدة علىٰ البائع، وبيعه جائزٌ علىٰ ما شرطه.

❀❀❀

[١١٢٨] مسألة: قال: ومن واقف[٢] رجلًا علىٰ سلعةٍ، فأركن[٣] إلىٰ مبايعته، فلا يجوز لأحدٍ أن يزيد عليه؛ لِمَا نهىٰ رسول الله ﷺ: أن لا يبيع بعضكم علىٰ بيع بعضٍ.

ولا بأس أن تُوقَف السلعة للبيع، فيسوم هذا ويسوم هذا عن غير موافقةٍ[٤][٥].

✍ إنّما قال: «إنَّهُ لا يبيع علىٰ بيع أخيه»، وذلك إذا تواقفا وركنا إلىٰ البيع، لأنَّ في ذلك ضرراً علىٰ النّاس وفساداً عليهم متىٰ باع بعضهم علىٰ بيع بعض.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤١).

(٢) قوله: «واقف»، يعني: حبس، من الوقف وهو الحبس، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٤٩٢).

(٣) قوله: «فأركن»، كذا في شب، أي: ركن إلىٰ مبايعته، ينظر: جمهرة اللغة [٢/ ٧٩٩]، وفي المطبوع: «فإن ركن».

(٤) من قوله: «ولا بأس أن تُوقَف السلعة»، علىٰ هذا الموضع، ساقط من المطبوع.

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٤١)، المختصر الصغير، ص (٥٦٢)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٤٢]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٨٧].

وقد رَوَىٰ مالكٌ، عن نافعٍ، عن ابن عمر، أنَّ رسـول الله ﷺ [٢/ ٩٣/ب] قال: «**لَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَيْعِ بَعْضٍ**»(١).

ورَوَىٰ مالـكٌ، عن أبـي الزناد، عن الأعرج، عن أبـي هريرة، عن النبيِّ ﷺ مثله(٢).

فـإذا لـم يتواقفا ولم يركنا إلىٰ البيع، فلا بأس أن يسـوم غيره، ولو منع غيره من السـوم، لأضرَّ ذلك بالبائع، ولأُخِذت السـلعة بأقل من ثمنها كما قال مالك، وذلك ضررٌ يدخل عليه.

❀❀❀

[١١٢٩] مسألة: قال: ولا يجوز البيع والسلف؛ لِمَا نُهِي عنه.

فمن فعل فترك الشرط ما لم يقبض السلعة(٣)، فالبيع جائزٌ(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ «**نَهَىٰ عَنْ بَيْعٍ وَسَـلَفٍ**»(٥)، رواه عمرو بن شـعيبٍ، عن أبيـه، عن جده، عن النبيِّ ﷺ؛ لأنَّ ذلك يـؤدِّي إلىٰ جهلٍ بالثمن إن

---

(١) أخرجـه مالك [٤/ ٩٨٥]، ومن طريقه البخاري (٢١٦٥)، ومسـلم [٥/ ٣]، وهو في التحفة [٦/ ٢٠٨].

(٢) أخرجه مالك [٤/ ٩٨٥]، ومن طريقه البخاري (٢١٥٠)، ومسلم [٥/ ٤].

(٣) قوله: «السـلعة»، عليها علامة إلحاق، وفي الحاشـية: «نسـخة: السـلف»، ونحوه في التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٩٨].

(٤) المختصـر الكبيـر، ص (٢٤١)، المدونـة [٣/ ١٧٣]، التفريع مع شـرح التلمسـاني [٨/ ٩٨].

(٥) أخرجه أبو داود [٤/ ١٨٢]، وهو في التحفة [٦/ ٣٠٤]، وقد تقدَّم.

كان المسلِفُ المشتري؛ لأنَّ البائع باع السلعة بالثمن ومنفعة السلف، ومبلغ منفعتها مجهولٌ.

فإن كان المسلف البائع، فهو قرضٌ جر منفعةً وليس فيه جهلٌ بالثمن؛ لأنَّ البائع إنّما أقرض المشتري ؛ لأنَّهُ اشترىٰ منه.

فإذا ترك القرض قبل قبضه جاز العقد؛ لأنَّ منفعة القرض لم تحصل لمن شرطه.

وإذا حصلت منفعة القرض بالقبض، فسخ البيع وردت السلعة إلىٰ القيمة؛ لأنَّ الثمن قد دخله جهلٌ وفسادٌ[1].

❀❀❀

[١١٣٠] قال: **ولا يجوز تلقي السلع حتىٰ يُهبَط بها إلىٰ الأسواق**[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لنهي رسول الله ﷺ عن تلقي السلع حتىٰ يُهبَط بها إلىٰ الأسواق.

رواه مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لَا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ، وَلَا يَبْتَعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ**»[3].

ورَوَىٰ عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَىٰ عَنْ تَلَقِّي**

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٩٩]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤١)، المختصر الصغير، ص (٥٦٣)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٤٣]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٨٩].

(٣) تقدَّم تخريجه في المسألة رقم ١١٣٢ .

السِّـلَعِ»(١)، معنىٰ ذلك، لئلا يستبدّ الأغنياء وأصحاب الأموال بالشراء دون أهل الضعف والتقلل، فيؤدِّي ذلك إلىٰ الضرر بهم في معاشهم(٢).

ولهذا المعنىٰ قال مالك: «إِنَّهُ يُشْـرَكُ [٢/ ٩٣/أ] بينهم إذا تلقوا السـلع»؛ ليزول الضـرر عن جملة الناس، وليأخذ السـلعة مـن أراد من أهل الضعـف، ولا ينفرد بشرائها أهل القوة بالتلقي لها.

❀❀❀

[١١٣١] قال: ومن تلقَّىٰ سـلعةً فاشـتراها، بيعت لأهل الأسـواق بمثل ما اشترىٰ به، وشركوه فيها إن شاؤوا، وإن باع بربحٍ، فلا نرىٰ ذلك الربح له جائزاً(٣).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأَنَّهُ ممنـوعٌ من التلقِّي؛ لئلا ينفرد بالشـراء، فكذلك لا يجوز له أن ينفرد بالربح دون سائر الناس، إلّا أن يحبوا ترك ذلك له.

❀❀❀

[١١٣٢] قال: وقد نهىٰ رسـول الله ﷺ أن يبيـع حاضرٌ لبادٍ، والحاضرون أهل القرىٰ، والبادون أهل البدو، ولا يباع لهم ولا يشار عليهم، ولا بأس بالاشتراء لهم(٤).

---

(١) أخرجه مسلم [٥/ ٥]، وهو في التحفة [٦/ ١٥١].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٩١]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصـر الكبيـر، ص (٢٤١)، النـوادر والزيـادات [٦/ ٤٤٦]، التفريـع مع شـرح التلمساني [٨/ ٨٩].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٢)، المختصر الصغير، ص (٥٦٣)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٤٧]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٩١].

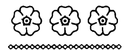
معنىٰ نهْي رسـول الله ﷺ عن بيع الحاضر للباد، هو لأنْ يتسـع النّاس بمـا يجلبـه أهل الباديـة من السـلع إليهم، ويرتفقـون برخص ما يشـترونه منهم، وبخاصـة بالمدينة، لضيق الشّـيء عليهم كان[١]؛ لأنَّ الحاضر يعرف الأسـعار ما لا يعرفها البدوي، فأراد النبيُّ ﷺ أن يصيب النّاس منهم فيما يبيعونه من السلع.

فأمّـا الاشـتراء لهـم فلا بأس؛ لأنَّـهُ ليس فيه تضييق سـعر مـا يحملونه مما بالناس إليه حاجةٌ، فلهذا قال مالكٌ: «إنَّهُ لا يباع لهم، ويشترىٰ لهم».

فرَوَىٰ مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لَا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ، وَلَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ**»[٢].

ورَوَىٰ معمر، عن ابن طاوس، عن أبيه، عن ابن عباس قال: «**نَهَىٰ رَسُولُ الله صَلَّىٰ اللـه عَلَيْـهِ أَنْ يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ، قُلْتُ: مَا يَبِيعُ حَاضِـرٌ لِبَادٍ؟، قَالَ: لَا يَكُونُ له سِمْسَارَاً**»[٣].

ورواه يونس[٤]، عن الحسن، عن أنس عن النبيِّ ﷺ[٥].



(١) قوله: «كان»، كذا يمكن أن تقرأ.

(٢) تقدَّم قريبـاً.

(٣) متفق عليه: البخاري (٢١٥٨)، مسلم [٥/ ٥]، وهو في التحفة [٥/ ١٠].

(٤) يونس بن عبيد بن دينار العبدي البصري، ثقة ثبت فاضل ورع، من الخامسـة. تقريب التهذيب، ص (١٠٩٩).

(٥) أخرجه أبو داود [٤/ ١٥٩]، بهذا الإسـناد، وهو في الصحيحين من طريق ابن سيرين عن أنس، البخاري (٢١٦١)، مسلم [٥/ ٦]، وهو في التحفة [١/ ١٦٨].

[١١٣٣] مسألة: قال: ولا بأس بأن يبعث البدوي إلىٰ الحاضر، يشتري له السلعة(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ [٢/ ٩٢/ب] لأنَّ هذا مباحٌ ليس شيءٌ يمنع منه، ولو كان البدوي حاضراً، لجاز للحاضر شراؤه له؛ لأنَّ المنع إنّما هو في البيع له، لا في الشراء له.

❀❀❀

[١١٣٤] مسألة: قال: ولا ينبغي أن(٢) **يُقَرَّ الغش في شيءٍ من أسواق المسلمين**(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الغش ممنوعٌ من فعله، فيجب علىٰ الإمام المنع من ذلك؛ لأنَّهُ ضررٌ وفسادٌ يدخل علىٰ الناس.

وقد رَوَىٰ ابن مسعود، عن النبيِّ ﷺ قال: «**مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا**»(٤).

وقال لحبان: «**إِذَا بِعْتَ، فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ**»(٥).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٢)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٤٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٩١].

(٢) قوله: «ينبغي أن»، مثبت في شب، وساقط من المطبوع.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٢)، النودر والزيادات [٦/ ٢٧٤]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٨٧].

(٤) أخرجه ابن حبان [٢/ ٣٢٦]، والطبراني في المعجم الكبير [١٠/ ١٣٠].

(٥) متفق عليه: البخاري (٢١١٧)، مسلم [٥/ ١١]، وهو في التحفة [٥/ ٤٦١].

والغش منكرٌ، ولا يجوز ترك المنكَر في أسواق المسلمين.

❀❀❀

[١١٣٥] مسألة: قال: ولا يجوز التسعير علىٰ أهل الأسوق، وذلك ظلمٌ، ولكن من حطَّ من السعر قيل له: «الْحَقْ وَإِلّا فاخرجْ»(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الإنسان مسلطٌ علىٰ ماله، فله أن يبيع كيف شاء ما لم يُفْسِد علىٰ النّاس في بيعه، والتسعيرُ غير جائز؛ لأنَّهُ لا يحل مال امرئٍ مسلمٍ إلّا عن طيب نفسه.

وقد رَوَىٰ حماد بن سلمة، عن ثابت، عن أنس قال: **«غَلَا السِّعْرُ بِالمَدِينَةِ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ الله ﷺ، فَقِيلَ: يَا رَسُولَ الله، غَلَتِ الأَسْعَارُ، فَلَوْ سَعَّرْتَ لَنَا، فَقَالَ: إِنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ هُوَ المُسَعِّرُ، وَالقَابِضُ وَالبَاسِطُ وَالرَّزَاقُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلِمَةٍ ظَلَمْتُهَا إِيَّاهُ فِي دَمٍ وَلَا مَالٍ»**(٢).

ورَوَىٰ مالك، عن يونس بن يوسف(٣)، عن سعيد بن المسيب: **«أَنَّ عُمَرَ بن**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٢)، المختصر الصغير، ص (٥٦٣)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٥٠]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٩٣]، وقوله: «الحق»: أي: الحَقْ بسعر أهل السوق.

(٢) أخرجه أبو داود [٤/ ١٦٥]، والترمذي [٢/ ٥٨٢]، وابن ماجه [٣/ ٣١٩]، وهو في التحفة [١/ ١١٨].

(٣) يونس بن يوسف بن حماس الليثي، ثقة عابد، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (١١٠٠).

الخَطَّابِ مَرَّ بِحَاطِبِ بن أَبِي بَلْتَعَةَ وَهُوَ يَبِيعُ زَبِيبًا لَهُ في السُّوقِ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: إِمَّا أَنْ تَزِيدَ فِي السِّعْرِ، وَإِمَّا أَنْ تَرْفَعَ مِنْ سُوقِنَا»(١).

فلهذا قال مالك: «يقال له: الْحَقْ وَإِلّا فاخرجْ».

❀❀❀

[١١٣٦] مسـألة: قال: ولا يجوز احتكار الطعام في أسواق المسلمين؛ لأنَّ ذلك يَضُرُّ بهم، يقل وينقص، وهو(٢) أضرّ بالناس، لم يخلَّ بينه وبين ذلك(٣).

✍ إنّما قـال ذلك؛ لأنَّ حكره الطعام وغيره ممـا لا بد للناس منه فيه ضررٌ علىٰ الناس؛ [٢/٩٢/أ] لأنَّ بهم حاجةٌ إلىٰ القوت وما يصلح قوتهم ولا تقوم أبدانهم علىٰ عدمه.

وقـد رَوَىٰ حاتم بن إسـماعيل(٤)، عـن محمد بن عجـلان، عن محمد بن عمرو بـن عطـاء، عن سـعيد بن المسـيب، عـن معمر بـن عبد الله، عـن النبيِّ صلىٰ الله عليه أَنَّهُ قال: «**لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ**»(٥).

---

(١) أخرجه مالك [٤/ ٩٤٢]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [١١/ ٤١٢].

(٢) قوله: «وهو»، عليها علامة إلحاق، وفي الحاشية: «نسخة: من».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٢)، المختصر الصغير، ص (٥٦٤)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٥٣]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٩٥].

(٤) حاتم بن إسماعيل المدني الحارثي مولاهم، صحيح الكتاب صدوق يَهِمُ، من الثامنة، تقريب التهذيب، ص (٢٠٧).

(٥) أخرجه مسلم [٥/ ٥٦]، وهو في التحفة [٨/ ٤٦١].

وروىٰ علي بن زيد، عن سعيد بن المسيب، وسمعته يقول: قال عمر: قال رسول الله ﷺ: «**الجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالمُحْتكِرُ مَلْعُونٌ**»(١).

❁❁❁

[١١٣٧] مسألة: قال: ومن جلب الطعام إلىٰ بلدٍ، خُلِّيَ بينه وبينه(٢)(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ في ذلك منفعةً للناس؛ لأنَّهُ يوسع عليهم ويبيعه منهم إذا احتاجوا، ولم يَضِقْ عليهم شراؤه من بلدهم، فلا يمنع من بيعه كيف شاء، وقد قال النبيُّ ﷺ: «**الجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالمُحْتكِرُ مَلْعُونٌ**».

❁❁❁

[١١٣٨] مسألة: قال: وحكرة غير الطعام مما يضر بالناس مثل ذلك(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ لا فرق بين الطعام وغيره في الحكرة؛ لحاجة النّاس إلىٰ ذلك كله، فيمنع من الضرر الذي يلحقهم فيه، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»(٥).

❁❁❁

---

(١) أخرجه ابن ماجه [٣/ ٢٨١]، وهو في التحفة [٨/ ٢٦].

(٢) في مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤): «خليّ بينه وبينه، يذهب به حيث شاء، ويبيعه كيف شاء».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٢)، المختصر الصغير، ص (٥٦٤)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٩٦].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٢)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٥٣].

(٥) أخرجه مالك [٤/ ١٠٧٨]، والدارقطني [٤/ ٥١].

[١١٣٩] مسألة: قال: ولا يجبر النّاس علىٰ إخراج الطعام في الغلاء[١].

✍ يعني: لا يجبرون علىٰ إخراج الطعام وبيعه؛ لأنَّهُ ملكهم، إن شاؤوا باعوا وإن شاؤوا تركوا، وإنما الممنوع منه أن يشتروا من السوق فيضيِّقُوا علىٰ الناس، وأمّا إذا كان له طعامٌ من ضيعةٍ له أو وهب له أو غير ذلك، فلا يجبر علىٰ إخراجه وبيعه.

❀❀❀

[١١٤٠] قال: ولا يُخْرَجُ الطعامُ من سوق بلدٍ إلىٰ غيره إذا كان ذلك يضر بهم، وإن لم يضر بهم، فلا بأس أن يشتريه من احتاج إليه[٢].

✍ يعني: إذا كان يضر إخراجه من سوقٍ لم يجز؛ لأنَّهُ ضررٌ يدخل علىٰ جملة الناس، وذلك ممنوعٌ منه.

فأمّا إذا كان لا يضر ذلك بالناس فجاز إخراجه، ولا يجوز منعه؛ لأنَّ في ذلك ضرراً علىٰ الناس، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لا ضَرَرَ وَلا إِضَرَارَ**».

[٢/٩٠/ب] وكما لا يجوز أن يضر هو بالناس في الحكرة والتضييق عليهم، فكذلك لا يجوز أن يُضَر به في البيع إذا كان لا يضر إخراجه بالناس[٣].

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٢)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٥٤]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٩٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٢)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٩٧].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٩٧]، هذا الشرح عن الأبهري، ولم يشر إليه.

[١١٤١] مسألة: قال: وقد نُهي عن الدَّين بالدَّين، وهو أن يشتري رجلٌ من رجلٍ دَيناً عليه، بدَينٍ إلىٰ أجلٍ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ: «**أَنَّهُ نَهَىٰ عَنِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ**»(٢).

رَوَىٰ ابن أبي زائدة، عن موسىٰ بن عبيدة، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر قال: «**نَهَىٰ رَسُولُ الله ﷺ عَنِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ**»، وهو الدَّين بالدَّين.

ولا نعلم خلافاً في أنَّ الدَّين بالدَّين لا يجوز؛ لأنَّ ذلك غررٌ، ينتقل من دَينٍ لم يحصل له إلىٰ دَينٍ آخر لا يدري هل يحصل له أم لا.

وقد رَوَىٰ الليث، عن عبيد الله بن أبي جعفر، عن محمد بن جعفر، أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه قال: «**لا يُبَاعُ دَيْنٌ بِدَيْنٍ**»(٣).

❁❁❁

[١١٤٢] مسألة: قال: ومن حل له دَينٌ، فلا يصرفه في دَينٍ(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لنهي رسول الله ﷺ عن الدَّين بالدَّين.

❁❁❁

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٣)، المختصر الصغير، ص (٥٦٤)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١٠١].

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، إلاّ أن يكون الحديث الذي بعده.

(٣) تقدَّم ذكره أول كتاب البيوع.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٣).

[١١٤٣] مسألة: قال: ومن حل له دَينٌ، فلا يأخذ به ثمرةً يستجنيها[١]، ولا داراً يسكنها، ولا أرضًا يزرعها، ولا جاريةً يستبرئ[٢] مثلها[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ لا يتهيَّأ له تنجّز المنفعة كلها مما انتقل إليه من دَينه في حال العقد، فكأنه انتقل من دَينٍ له إلىٰ شيءٍ لم يقبضه في الحال.

وهذا يشبه أن يكون كراهَةً من مالكٍ لا تحريمًا؛ لأنَّ أحد الطرفين منفعته حاصلةٌ، فهو كبيع شيءٍ نقدٍ بدَينٍ إلىٰ أجلٍ، وقد أجاز مالكٌ شراء ثمرةٍ قد بدا صلاحها بدَينٍ إلىٰ أجلٍ[٤].

وقال أشهب عن مالك في هذا كله: «لا بأس به»[٥]، وهو قول محمد بن عبد الله بن عبد الحكم[٦].

---

(١) قوله: «ومن حلّ له دَينٌ، فلا يأخذ به ثمرةً يستجنيها»، ذكره في التفريع [٨/ ١٠١]، مع شرح التلمساني بلفظ: «ومن كان له دَينٌ علىٰ رجلٍ، فلا يجوز أن يفسخه في شيءٍ يتأخّر قبضه، مثل ثمرةٍ يجنيها».

(٢) قوله: «يستبرئ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «يشتري».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٣)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١٠١]، شرح البخاري لابن بطال [٨/ ١٠١].

(٤) تنظر المسألة رقم ١١٠٦، المدونة [٣/ ١٧٠].

(٥) ينظر: الجامع لابن يونس [١٢/ ٦٧٨]، شرح ابن ناجي التنوخي علىٰ التفريع [٤/ ٢٠٨].

(٦) ينظر: التبصرة للخمي [٩/ ٤١٩٦].

وحكىٰ ابن القاسم وابن عبد الحكم عن مالكٍ كراهة ذلك[١]؛ لأنَّهُ لا يتعجَّل في الحال، بل يتأخر ذلك.

والقيـاس إجازته لِمَا ذكرنـاه؛ لأنَّ الدَّين بالدَّين المنهـي عنه: هو أن يكون الثمن والمثمن دَينـًا، فإذا كان أحدهما دَينـًا والآخر عينـًا [٢/ ٨٤/ب] جاز ذلك[٢].

❀❀❀

[١١٤٤] مسألة: قال: ولا خير في الدَّينِ بالدَّينِ إلىٰ أجلٍ واحدٍ[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لعموم نهي رسول الله صلىٰ الله عليه عن الدَّين بالدَّين، وسواءٌ كان ذلك إلىٰ أجلٍ واحدٍ أو آجالٍ مختلفةٍ.

❀❀❀

[١١٤٥] مسـألة: قال: ومن حـلَّ له دَينٌ، فليَحْتَلْ به فيمـا قد حل وفيما لم يحل[٤].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ صاحب الدَّين الذي قد حل دَينه قد فعل معروفـًا في الحوالـة إذا انتقـل مما قد وجب له إلىٰ غير الذي له عليه الدَّين، سـواءٌ حلَّ الدَّين الذي انتقل إليه أم لا، بعد أن يكون دينه الذي انتقل منه قد حل.

فإن كان دَينه لم يحل، لم يجز له أن يحتال به في شـيءٍ حل له أو لم يحل؛

---

(١) ينظر: المدونة [٣/ ١٧٠].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ١٠٢]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٣).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٣)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٣٨].

لأنَّ انتقاله علىٰ هذا الوجه هو متاجرةٌ وليس هو بمعروفٍ فعله بصاحبه؛ لأنَّ حقه لم يجب عليه بعد، والحوالة مستثناةٌ من الدَّين بالدَّين، وإنما أجيزت إذا كان الدَّين حالاً، فإذا لم يحل لم تجز.

وقد رَوَىٰ مالكٌ، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَىٰ مَلِيءٍ، فَلْيَتْبَعْهُ**»(١)، فدل هذا الحديث، علىٰ أنَّ الحوالة إنّما تجوز في الحق الحال دون ما لم يحل.

❀❀❀

[١١٤٦] مسألة: قال: ومن كان له دَينٌ لم يحل، فلا يَحْتَل به في شيءٍ(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ الحوالة إنّما أجيزت في الدَّين الحال دون غيره.

❀❀❀

[١١٤٧] قال: ومن أعطىٰ نسَّاجًا ديناراً علىٰ ثوبٍ «ستًا في ثلاثٍ» والغزل من عند النَّسَّاج، ثمّ زاده علىٰ أن يزيده في الذرع، فأرجو أن لا يكون به بأس(٣).

---

(١) أخرجه مالك [٤/ ٩٧٢]، ومن طريقه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم [٥/ ٣٤]، وهو في التحفة [١٠/ ١٨٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٣).

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٣)، المدونة [٣/ ١١٣]، البيان والتحصيل [٤/ ٢٤٣].

✍ إنّما قـال ذلك؛ لأنَّهُ إنّما زاده في الكراء[١] ليزيده في الأذرع، وليس هو انتقالٌ من دَينٍ إلىٰ دَينٍ؛ لأنَّهُ لم يستثن[٢] شيئًا دَينًا، ولا انتقل من دَينٍ إلىٰ غيره.

۞۞۞

[١١٤٨] قـال: ومن كان له علىٰ خياطٍ درهمٌ، فاستخاطه ثوبًا بدرهمٍ، ثمّ قاصَّه به، فلا خير فيه حتىٰ يقبضه ويدفعه إليه إن شاء[٣].

✍ إنّما كره ذلك؛ لأنَّ خياطة القميص [٢/٨٥أ] بتأخرٍ، فأشـبه ذلك الانتقال من دَينٍ إلىٰ ثمرةٍ قد بدا صلاحها، وهو فيكره هذا؛ لأنَّها لا تقبض في الحال.

وقد أجاز ذلك أشهب؛ لأنَّ هذا ليس دَينًا بدَينٍ.

۞۞۞

[١١٤٩] مسألة: قال: ومن حلَّ له دَينٌ فقبضه، ثمّ سلفه الذي اقتضاه منه في سلعةٍ إلىٰ أجلٍ، فذلك مكروهٌ إذا كان في مكانه وعند قبضه[٤].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ قد حصل له الدَّين بالدَّين؛ من قِبَل أنَّهُ انتقل من دَينه إلىٰ سلعةٍ إلىٰ أجلٍ، والقبض الذي كان بينهما لغوٌ لم تتحصل منفعته لربِّ الدَّين.

---

(١) قوله: «الكري»، عليها علامة إلحاق، وفي الحاشية: «نسخة: الثمن».

(٢) قوله: «يستثن»، عليها علامة إلحاق، وفي الحاشية: «نسخة: يشتر».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٣).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٣).

وقد ذكرنا أنَّ مالكـًا يراعي في البياعات حسن الفعل، لا حسن اللفظ إذا قبح الفعل[١].

❀❀❀

[١١٥٠] مسألة: قال ومن كان له دَينٌ، فاشترىٰ به ثمرةً قد بدا صلاحها من رجلٍ وأحاله علىٰ دَينه، حلَّ الدَّين أو لم يحل، فلا بأس به.

وكذلك لو اكترَيْتَ دابَّةً أو داراً أو راحلةً بدَينك الذي علىٰ الرجل، فلا يصلح أن تأخذ ذلك من دَينٍ لك علىٰ الرجل، لا حل ولا لم يحل[٢].

✍ إنّما أجاز أن يشتري بدينه الذي علىٰ زيدٍ ثمرةً من عمرٍو قد بدا صلاحها، أو يكتري منه دابَّةً أو داراً يقبضها؛ من قِبَل أنَّ المعاملة انقطعت بينه وبين زيدٍ، وصارت بينه وبين عمرٍو، فجاز ذلك؛ لأَنَّهُ بيع دَينٍ بعينٍ.

ولم يجز أن يأخذ من زيدٍ الذي عليه الدَّين ذلك؛ لأنَّ المعاملة لم تنقطع بينه وبين زيدٍ، وإنما انتقل من دَينٍ إلىٰ دَينٍ آخر، وذلك مكروهٌ.

وقد أجاز أشهب[٣] ذلك كلّه، وهو القياس.

❀❀❀

---

(١) تقدَّم في المسألة رقم ١١٢٥ .

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٣)، المدونة [٣/ ١٧٠].

(٣) ينظر المسألة رقم ١١٤٣ .

[١١٥١] مسألة: قال: ولا بأس أن يشتري الرّجل للرجل الحاجة يكتب إليه فيها بثمنٍ من عنده، ثمّ يكتب إليه أن يسلفه في بعض ما يرجىٰ فيه الفضل(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا لا يحصل علىٰ وجه الدَّين بالدَّين؛ لأنَّهُ معروف، وإنما يسلف له إلىٰ غيره، وليس ينتقل من شيءٍ له إلىٰ غيره فلا يقبضه، إنّما هو ابتداء سلفٍ.

❀❀❀

[١١٥٢] مسألة: قال: وإن كانت لرجلٍ علىٰ رجلٍ ذهبٌ، وله عليه مثلها إلىٰ أجلٍ واحدٍ، فلا بأس أن يتتاركا، [٢/٨٥/ب] حلَّت أو لم تحل، فإن اختلف الأَجَلُ، فلا خير فيه(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الأجل إذا كان واحداً، صارت مقاصَّةً، قاص أحدهما صاحبه بالذهب الذي له ذهب صاحبه، فصارت كأنها ذهبٌ بذهبٍ ناجزٍ.

وإذا اختلف الأُجُلُ لم يجز؛ لأنَّهُ يصير في معنىٰ بيع ذهبٍ حاضرةٍ بذهبٍ غائبةٍ، وذلك غير جائزٍ؛ لأنَّهُ بيع ذهبٍ إلىٰ أجلٍ بذهبٍ نقداً، وذلك غير جائزٍ، فكذلك إذا اختلفت آجال الذهب لم يجز أن يتقاصّا؛ لأنَّهُ يصير بيع ذهبٍ بذهبٍ إلىٰ أجلٍ.

وكذلك إذا كان أحد الحقين ذهباً والآخر فضةً، جاز أن يتتاركا إذا كان الأجل قد حل، وإن لم يحل الأجل أو حل أحدهما أو كانت آجالاً مختلفةً، لم

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٤).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٤).

يجز أن يتتاركا إذا لم يحلا جميعًا؛ لأنَّ ذلك يصير ذهبًا بفضةٍ متأخِّرةٍ، وذلك غير جائزٍ.

۞۞۞

[١١٥٣] مسألة: قال: ولا بأس أن يبتاع الرّجل من الرّجل الطعام إلىٰ أجلٍ، ويأتيه بالدنانير من الغد[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا ليس هو دَينًا بدَينٍ، وإنما هو بيع دَينٍ بعينٍ وتأخَّر الثمن، وهذا المقدار يسيرٌ؛ لأنَّهُ لم يقصد فيه إلىٰ تأخيرٍ ولم يشترط تأخيره، فجاز ذلك.

۞۞۞

[١١٥٤] مسألة: قال: ولا نحب للرجل أن يكون له علىٰ رجل دَينٌ فيكتب إليه إذا حل: «سلفه لي في كذا وكذا»، ولكن يأمر بذلك غيره[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لجواز أن يعطيه من عنده السلعة في الأجل الذي أمره بالسلف فيها إليه، فيصير دَينًا بدَينٍ.

ويأمر غيره بذلك؛ ليزول ما يكره في ذلك.

۞۞۞

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٤).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٤)، المدونة [٣/ ٨٢].

[١١٥٥] مسألة: قال: ولا بأس أن يبيع الرّجل التمر كيلاً أو الطعام على مسيرة الأيام، بدَينٍ إلى أجلٍ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا بيع عينٍ معلومةٍ حاضرةٍ بدَينٍ إلى أجلٍ، فلا بأس بذلك، والدَّين بالدَّين إنّما منع منه إذا كان الثمن دَيناً والمثمن دَيناً، فأمّا إذا كان أحدهما دَيناً والآخر عيناً جاز ذلك.

❀❀❀

[١١٥٦] مسألة: قال: ولا يجوز لرجل أن يكون له الدَّين على [٢/ ٨٦/أ] **رجلٍ إلى أجلٍ، فيعجل له بعضه قبل محله ويضع عنه بعضه**(٢)(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يدخله بيع الذهب بالذهب أقل منه، ويدخله بيع غائبٍ بناجزٍ.

وكذلك في الفضة بالفضة كالذهب، وكذلك الذهب بالفضة يدخله بيع غائبٍ بناجزٍ.

فأمّا العروض فيدخله بيع شيءٍ من صنف بشيءٍ أكثر منه أو أقل إلى أجلٍ من صنفه، وذلك غير جائزٍ عند مالكٍ؛ لأنَّهُ يدخله قرضٌ جرَّ منفعةً وزيادةً بطرح الضمان، وذلك غير جائزٍ(٤).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٤).

(٢) قوله: «بعضه»، مثبتة فوق السطر، ووضع بجنبها: «صح»، وهي غير مثبتة في المطبوع.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٤)، المختصر الصغير، ص (٥٦٥)، المدونة [٣/ ١٧٢]، النوادر والزيادات [٦/ ١٣١]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١٠٣].

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ١٠٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

وقد رُوِيَ عن عمر[١]، وزيد بن ثابت[٢]، وسليمان بن يسار[٣]، وغير واحدٍ من العلماء أنهم نهوا عنه.

ورَوَىٰ سفيان بن عيينة، قال: سمع عمرو[٤] أبا المنهال[٥] قال: «**كَانَ لِي عَلَىٰ رَجُلٍ دَيْنٌ إِلَىٰ أَجَلٍ، فَقَالَ: ضَعْ عَنِّي وَأُعَجِّلُ لَكَ مَالَكَ، فَسَأَلْتَ ابْنَ عُمَرَ، فَنَهَانِي وَقَالَ: نَهَانَا أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ أَنْ نَبِيعَ الْعَيْنَ بِالدَّيْنِ**»[٦].

❀❀❀

[١١٥٧] مسألة: قال: ولا خير في أن يأخذ بعضًا عرضًا وبعضًا عينًا[٧].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يصير بيع عرضٍ وعينٍ بعرضٍ، إذا كان أصل الدَّين من سلم ذهبٍ أسلم إليه، وإن كان من صنفه، دخله ما وصفنا من بيع شيءٍ من صنفٍ بأقل منه أو أكثر إلىٰ أجلٍ، وذلك غير جائزٍ.

---

(١) ينظر أثر عمر في الفقرة التالية.

(٢) أخرجه عبد الرزاق [٨/ ٧١].

(٣) ينظر: المدونة [٣/ ١٧٢].

(٤) هو عمرو بن دينار، وقد تقدَّمت ترجمته.

(٥) عبد الرحمن بن مطعم البناني البصري نزل مكة، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٥٩٩).

(٦) أخرجه عبد الرزاق [٨/ ٧٢]، والبيهقي في الكبرىٰ [١١/ ٤٠٩].

(٧) المختصر الكبير، ص (٢٤٤)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١٠٣].

وإن كان من غير صنفه، جاز ذلك؛ لأَنَّهُ يصير بيع شـيءٍ من صنفٍ بأقل منه أو أكثر إلىٰ أجلٍ، وذلك جائزٌ.

❀❀❀

[١١٥٨] مسـألة: قـال: ولا بأس أن يأخـذ بذلك عرضـًا كلـه، وإن كان لا يسوىٰ حقه(١).

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنَّ هذا بـاع دَينـًا له بعـرضٍ حالٍّ، وذلـك جائزٌ، كان يسوىٰ حقَّه الذي له من الدَّين أو لا.

❀❀❀

[١١٥٩] مسـألة: قـال: ولا بأس لمن حل له حـقٌّ، أن يُعَجِّلَهُ بعضه ويؤخر عنه بعضه(٢).

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنَّ هذا فَعَـلَ معروفـًا بتأخيره بعـض حقه عن الأجل الذي قد حل وأخذ بعض حقه بعد أن حل، وذلك كله جائزٌ(٣).

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٤)، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ١٠٤]، هذه المسألة عن ابن عبد الحكم، مع شرح الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٤)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ١٠٣].

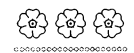
(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ١٠٤]، هذا الشرح عن الأبهري.

[١١٦٠] مسألة: **قال: ولا يحل النجش؛** [٢/٨٦/ب] **لأنَّ رسول الله ﷺ نهىٰ عنه، وهو أن يعطي الرّجل بالسلعة العطاء ليعتبر به غيره**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ ضربٌ من الخديعة والمكر وإتلاف مال غيره، وذلك أنَّ غيره يعتبر بغشه ويقتدي به غيره.

وقد رَوَىٰ مالكٌ، عن نافعٍ، عن ابن عمر: «**أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَىٰ عَنِ الغِشِّ**(٢)»(٣).

ورَوَىٰ ابن عيينة، عن الزهري، عن أنسٍ، وعن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تَنَاجَشُوا، وَلا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَىٰ بَيْعِ أَخِيهِ**»(٤).



---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٥)، المختصر الصغير، ص (٥٦٥)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٣٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٨٧].

(٢) قوله: «الغِشّ»، كذا في شب، ولعلَّ الصواب: «النَّجْش»، كما في مصادر التخريج.

(٣) أخرجه مالك [٤/ ٩٨٧]، ومن طريقه: البخاري (٢١٤٢)، ومسلم [٥/ ٥]، وهو في التحفة [٦/ ٢١٣].

(٤) حديث أنس: أخرجه بهذا اللفظ ابن فارس في حلية الفقهاء، ص (١٣٧)، من طريق ابن عيينة به، وقد رواه الحميدي في المسند [٢/ ٣٠٢] بدون ذكر التناجش، وقال في آخره: «فقيل لسفيان: ولا تناجشوا؟ قال: لا»، يعني: أنَّهُ غير محفوظ من حديث أنس، والحديث في الصحيحين: البخاري (٦٠٦٥) ومسلم [٨/ ٨]، بدون ذكر لفظ التناجش، وهو في التحفة [١/ ٣٨٢].

[١١٦١] مسألة: قال: ولا بأس بالبيع فيمن يزيد، فإذا أوجبه عليه فلا زيادة فيه، ومن زاد فليس له أن ينزع عنه حتىٰ يُخَلِّصَهُ غيرُهُ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ للإنسان أن يبيع ملكه كيف شاء، إن شاء مساومةً وإن شاء مزايدةً، علىٰ حسب ما يراه أصلح له.

وقد رَوَىٰ أنسٌ: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَاعَ جِلْبًا**(٢) **وَقَدَحًا فِيمَنْ يَزِيدُ**»(٣).

وقوله: «إِنَّهُ إذا أوجبه فلا زيادة فيه»، فلأنَّ البيع قد وجب بالعقد، فلا يجوز لأحدهما الرجوع فيه.

❀❀❀

[١١٦٢] مسألة: قال: ولا ويجوز البيع بعد النداء يوم الجمعة، النداء الذي يكون بين يدي الإمام يوم الجمعة، فإذا ثَبَتَ ذلك علىٰ من فعله، فُسِخَ(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾ [الجمعة:٩]، وهذا أمرٌ من الله

وأمّا حديث أبي هريرة، فهو متفق عليه: البخاري (٢١٤٠)، مسلم [٥/ ٤]، وهو في التحفة [١٠/ ١١].

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٥).

(٢) قوله: «جلبًا»، كذا رسمها في شب، وفي مصادر التخريج: «حلسًا».

(٣) أخرجه أبو داود [٢/ ٣٦٣]، والنسائي في السنن الكبرىٰ [٦/ ٢٣]، والترمذي [٢/ ٥٠٤]، وابن ماجه [٣/ ٣١٦]، وهو في التحفة [١/ ٢٦٤].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٥)، المختصر الصغير، ص (٥٦٥)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٧٤).

تعالىٰ، فهو علىٰ وجوبه إلّا أن ينقله عن ذلك دليلٌ، فمتىٰ باع بعد النداء، كان بيعه مفسوخاً إذا كان ممن تلزمه الجمعة؛ لأنَّهُ أوقعه علىٰ خلاف ما أُمِر به، فكان بمنزلة من باع غرراً، ومجهولاً، ونكح وهو محرمٌ، وباع ربا، أنَّ ذلك كله مفسوخٌ؛ لنهي الله سبحانه ورسوله صلىٰ الله عليه عن ذلك، فكذلك البيع يوم الجمعة بعد النداء هو مردودٌ؛ لنهي الله تعالىٰ عن ذلك.

فإن قيل: إنَّ بيع [٢/٨٧/أ] الغرر والآبق والمجهول والربا وأشباه ذلك، إنّما منع لعيبٍ في المبيع، ليس من أجل عيبٍ في العقد ولا الحال، والنهي عن البيع يوم الجمعة بعد النداء ليس هو من أجل عيبٍ في المبيع نفسه، فأشبه ذلك تلقي السلع والبيع علىٰ بيع الرجل[١]؟

قيل له: لا فرق بين ما كان منهياً عن بيعه من أجل عينه أو من أجل غير عينه لوقت أو حال، كما لم يفترق حال النهي في عقد النكاح بين ما كان من أجل غير المعقود عليها، بأن تكون أمه أو أخته أو عمة امرأته أو خالتها، أو تكون مُحْرِمَةً أو في عدَّةٍ من زوجٍ، فلمّا لم يفترق الحكم في ذلك لورود النهي فيهما، فكذلك قد ورد النهي عن البيع يوم الجمعة عند النداء.

وقد قال مخالفنا في هذه المسألة[٢]: «إنَّ من باع بيعتين في بيعةٍ فبيعه

---

(١) ينظر الاعتراض في: الفصول في الأصول للجصاص [٢/ ١٨١].

(٢) المخالف هم الحنفية والشافعية، ينظر: بدائع الصنائع [٥/ ٢٣٢]، الهداية مع العناية [٣/ ٩١]، الحاوي للماوردي [٣/ ٧٣]، المهذب مع المجموع [٤/ ٢٥٥].

مفسوخٌ، بمنزلة من باع غرراً ورباً ومجهولاً»[١]، ومعلومٌ أن النهي عن البيعتين ليس من أجل عين المبيع، فبطل الفرق الذي من أجله فرَّق به.

فأمّا ما ذكر من تلقي السلع وغير ذلك والبيع علىٰ بيع الرجل، فمفسوخٌ عند مالك كلّ ذلك؛ لوقوعه علىٰ خلاف الشرط المأمور به، وكلّ من خالف ما أمر به، فُسِخ فعله ورُدَّ إذا كان الأمر واجباً؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**مَنْ أَحْدَثَ فِي أَمْرِنَا مَا لَيْسَ مِنْهُ، فَهُوَ رَدٌّ**»[٢]، رواه القاسم بن محمد، عن عائشة، عن النبيِّ ﷺ.

والوقت الذي يفسخ فيه البيع إذا باعه: هو أن يلزم الإنسان المجيء إلىٰ الجمعة من المكان الذي هو فيه، فإذا باع بعد ذلك فُسِخ بيعه؛ لأنَّهُ قد باع في وقتٍ منهي عن البيع فيه؛ من أجل لزومه المجيء إلىٰ الجمعة.

❀❀❀

[١١٦٣] مسألة: قال: ولا يجوز الربا بين الرّجل وبين عبده[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ حرم الربا علىٰ النّاس عمومًا، وسواءٌ كان ذلك بين عبده أو عبدٍ غيره، أو بينه وبين حرٍّ؛ لأنَّ العبد يملك ملكًا ما، فلا يجوز أن يكون بينه وبين سيده ربا، ولو جاز ذلك في عبده، لجاز ذلك في مكاتبه، وهذا فاسدٌ.

❀❀❀

---

(١) ينظر: مختصر المزني، ص (١٨٦)، الحاوي للماوردي [٦/ ٤١٩].

(٢) متفق عليه: البخاري (٢٦٩٧)، مسلم [٥/ ١٣٢]، وهو في التحفة [١٢/ ٢٥٨].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٥).

[٢/ ٨٧/ ب] [١١٦٤] **مسألة: قال: ولا بأس بالجنان[(١)] بالجنان، أصلهما بأرضهما، ما لم يكن فيهما ثمرةٌ[(٢)].**

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا بيع بستانٍ ببستانٍ، أصله وشجره بأصل الآخر وشجره، فلا بأس بذلك.

فإن كان في أحدهما ثمرٌ جاز أيضاً.

وإن كان فيهما ثمرٌ، لم يجز ذلك إن كان من جنسٍ واحدٍ علىٰ وجهٍ؛ لأنَّهُ يصير ثمر بثمرٍ متفاضلٍ مع شيءٍ غيره.

فإن كان من جنسين مختلفين جاز ذلك إذا جُدَّا مكانهما، فإن تأخر ذلك لم يجز؛ لأنَّهُ يصير ثمراً بثمرٍ متأخرٍ، وذلك غير جائزٍ؛ لأنَّ الطعام بالطعام لا يجوز بيعه متأخراً، سواءٌ كان من جنسٍ واحدٍ أو جنسين، هذا ما لا خلاف فيه بين أهل العلم؛ لأنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه قال: «**الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ رِبًا إِلَّا هَا وَهَا، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبًا إِلَّا هَا وَهَا**»[(٣)] الحديث.



[١١٦٥] **مسألة: قال: ولا بأس بالدار بالدار ما لم يكن فيهما دَينٌ[(٤)]، كان ذلك الكراء حالاً أو إلىٰ أجلٍ[(٥)].**

---

(١) قوله: «بالجنان»، كذا في شب، وفي المطبوع: بالخيار.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٥) النوادر والزيادات [٦/ ٢٣].

(٣) متفق عليه: البخاري (٢١٣٤)، مسلم [٥/ ٤٣]، وهو في التحفة [٨/ ١٠١].

(٤) قوله: «دَينٌ»، كذا في شب، وسيكرِّره الشارح، وفي المطبوع: «كراء».

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٤٥).

✍ يعني: أَنَّهُ لا بأس ببيع دارٍ بدار؛ لأَنَّ ذلك بيعٌ جائزٌ؛ لقول الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة:٢٧٥].

وقوله: «ما لم يكن فيهما دَينٌ»، يعني أن يكون معهما دراهم، سواءٌ كان ذلك من كراهما نقداً أو إلىٰ أجلٍ؛ لأَنَّهُ يصير دراهم بدراهمٍ معهما شيءٌ غيرها نقداً أو إلىٰ أجلٍ، وذلك غير جائزٍ، فإن كان مع إحداهما جاز.

❀❀❀

[١١٦٦] مسألة: قال: ولا خير في الأدهان المُرَبَّبَة[1]: الحناء[2]، والزنبق[3]، والخيري[4] - أعني: بواحدٍ إلىٰ أجلٍ[5] -.

✍ إنّما قال ذلك؛ لأَنَّ منافع هذه الأدهان متقاربةٌ عنده، فهي بمنزلة صنفٍ واحدٍ، فلا يجوز بيع شيءٍ من صنفٍ إلىٰ أجلٍ بأكثر منه من صنفه؛ لأَنَّهُ يصير

---

(١) قوله: «المُرَبَّبَة»، كذا في المخطوط، ومعناها كما في تاج العروس [٢/ ٤٦٣]: «الأدهان التي يربب الحب المتخذ منها بالطيب». وفي المطبوع: المربية.

(٢) قوله: «الحناء»، دهن الحناء: هو الدهن المصنوع من ورق زهر شجرة الحناء، تنظر كيفية صنعه في الجامع لمفردات الأدوية والأغذية لابن البيطار[٢/ ٣٨٥].

(٣) قوله: «والزنبق»، هو دهن الياسمين، ينظر: المغرب في ترتيب المعرب، ص (٢٠٦)، وقد تقدَّم في كتاب الحج.

(٤) قوله: «والخيري»، هو الدهن المتخذ من زهر نبات الخيري، ينظر: تاج العروس [١١/ ٢٥١]، الجامع لمفردات الأدوية والأغذية [٢/ ٢٦٨].

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٤٥).

قرضـًا جر منفعةً، كأنه قد أقرضه شيئًا بأكثر منه من صنفه إلىٰ أجلٍ، وذلك غير جائزٍ علىٰ ما بيَّنَّاه.

❁❁❁

[١١٦٧] مسألة: قال: ومن باع شاةً مُصَراةً فاحتلبها فكرهها، فإنَّه يردها وصاعًا من تمرٍ(١).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لِمَا رواه مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه قال: «**لَا تَلَقَّوُا الرُّكْبَانَ بِالبَيْعِ**، [٢/٨٨/أ] **وَلَا يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا، فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا، وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ**»(٢).

ورَوَىٰ حمادٌ، عن أيوب وهشام وحبيب(٣)، عن محمد بن سيرين، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**مَنِ اشْتَرَىٰ شَاةً مُصَرَّاةً، فَهُوَ بِالخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، إِنْ شَاءَ رَدَّهَا، وَصَاعًا مِنْ طَعَامٍ**»(٤).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٥).

(٢) تقدَّم تخريجه في المسألة رقم ١١٣٢ .

(٣) حبيب ابن الشهيد الأزدي البصري، ثقة ثبت، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٢٢٠).

(٤) أخرجه أبو داود [٤/ ١٦١] بهذا الإسناد، وهو في الصحيحين: البخاري (٢١٥١)، ومسلم [٥/ ٦]، وفي التحفة [٩/ ٣٠٩].

فلهـذا قـال مالـك: «إنَّهُ يردها إن شـاء»؛ لأنَّ ذلـك عيبٌ فيها لـم يرض به المشتري ولا دخل عليه، فله أن يردها.

فأمّـا رده صاعـًا من تمـرٍ، فذلك بدل اللبن الذي كان فـي ضرعها في حال التصريـة واشْـتِرَاهَا المشـتري كذلك، ثـمّ حلبهـا، فأمّا ما حدث بعـد ذلك، فهو للمشتري بالضمان؛ لأنَّ الخراج للمشتري بالضمان.

ولم يجز أن يرد شيئًا مثله؛ لأنَّهُ لا يعلم كم مقدار اللبن الذي كان في الضرع فيرد مثله، وإذا لم يعلم ذلك، دخله بيع اللبن باللبن متفاضلاً، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١١٦٨] مسألة: قال: ولا بأس بأن يشتري القمح وعليه طَحْنُهُ.

ولا خير فيما سـوىٰ ذلك من فجـلٍ ولا جلجلان[١] ولا قمـحٍ علىٰ أنَّ عليه الدراس[٢] والتذرية[٣][٤].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّهُ لا بأس ببيع القمح علىٰ أنَّ علىٰ البائع طحنه، فلأنَّ ذلـك بيعٌ وكريٌ، ولا بأس بالبيع والإجارة عند مالكٍ؛ لإباحة الله عَزَّ وَجَلَّ ذلك

---

(١) قولـه: «جلجلان»، هو ثمر الكُزْبرة، ويطلق في لغة اليمن علىٰ حب السمسـم، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٨٨)، تاج العروس [٢٨/ ٢٢٤].

(٢) قوله: «الدراس»، هو الدوس، يقال: درس النّاس حنطهم، أي: داسوها، ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٠٧).

(٣) قوله: «والتذرية»، هي تخليص الحب من التبن، ينظر: المصباح المنير، ص(٢٠٨).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٥).

جميعـًا؛ ولأنَّ الإجارة هي بيع المنافع، فجاز أن يقترن بيعها إلىٰ بيع الأعيان؛ ولأنَّ ما يخرج أيضـًا من القمح معلوم المقدار ليس يدخله غررٌ، فكأنه باعه الدقيق.

وليـس مـا يخرج من الفجل والجلجـلان معلومـًا، فلا يجـوز بيعه علىٰ أنَّ عليه طحنه؛ لأنَّهُ كأنه باع الدهن الذي يخرج منهما.

وكذلـك لا يجـوز بيع القمـح علىٰ أنَّ عليه الـدراس والتذريـة - يعني بيع القمح في السـنبل -؛ لأنَّ القمح في السـنبل مجهول لا يُدرىٰ كيف هو، ولا كم هو.

فأمّا السنبل [٢/٨٨/ب] بعينه فبيعه جائزٌ، وقد ذكرناه فيما تقدَّم.

❀❀❀

[١١٦٩] مسـألة: قـال: ولا بـأس باشـتراء النعـل علـىٰ أنَّ عليه حـذوه[1] والشِّقَّة[2]، وعليه خياطتها[3].

✍ إنّمـا قـال ذلـك؛ لأنَّ ذلك بيع وإجـارةٌ؛ لأنَّ المشـتري اشـترىٰ النعل والشـقة من البائع، واكتراه علىٰ عملهما، فلا بأس بذلـك؛ لأنَّهُ لو أفرد كلّ واحدٍ من البيع والإجارة بالعقد لجاز، فكذلك إذا ضمهما جاز، كما لو باع سـلعتين في عقدٍ واحدٍ جاز؛ لأنَّهُ لو أفردهما جاز.

---

(١) قوله: «حذوه»، هو تقطيع ما يصنع منه الحذاء، ينظر: لسان العرب [١٤/ ١٦٩].

(٢) قوله: «والشـقة»، هي القطعة المشـقوقة التي يصنع منها الحذاء، ينظر: لسـان العرب [١٠/ ١٨٢].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٦)، البيان والتحصيل [٤/ ٢٣٧].

فإن قيل: «إنَّ البيع والإجارة لا يجوز إذا اجتمعا في عقدٍ واحدٍ وإن كانا لو انفـردا جاز، كما لا يجوز البيع والصرف إذا اجتمعا في عقدٍ واحدٍ، ولو انفرد كلّ واحدٍ منهما، جاز[١]؟

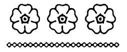
قيل له: الإجارة لا تشبه الصرف، وهي بالبيوع أشبه.

ألا ترىٰ: أنهما لو افترقا قبل قبض المسـتأجر لم يبطل عقد الإجارة كما لا يبطل ذلك عقد البيع إذا افترقا قبل قبضه، ولو افترقا في الصرف قبل قبضه، لبطل الصرف، وكانت الإجارة بالبيع أشبه منها بالصرف لهذه العلة.

❀❀❀

[١١٧٠] مسـألة: قال: **ولا بأس بعلف الدوابِّ، القِرْطُ الربيع[٢]، كلّ شـهرٍ بدينارٍ علىٰ دابَّةٍ[٣]**.

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ذلك معروفٌ في الأغلب، وكم مقدار ما تأكل الدابَّة شـهراً، فجاز ذلك للحاجة إليه، كما يجوز أن يكتري دابَّةً يركبها شهراً ولا يعرف مقدار الركوب، وكذلك يجوز أن يكتري عبداً للخدمة، يخدمه شـهراً، ولا يعرف مقدار خدمة شهرٍ.



(١) لم أقف علىٰ من قال بهذا الاعتراض.
(٢) قولـه: «القِرْطُ الربيع»، كذا رسـمها في شـب، والقرط: شـيء يشـبه البرسـيم، ينظر: حاشية البجيرمي، ص (٢٩١).
(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٦).

[١١٧١] قال: ولا بأس بكري الدابَّة وعليه علفها[١].

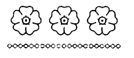
✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا قلنا: إنَّ مقدار علف الدابَّة في الشهر معروفٌ في الأغلب، وكذلك السَّنَة وأشباه ذلك، فجاز أن يكتريها علىٰ أنَّ عليه علفها.

ولأنَّ النّاس كانوا يكترونها كذلك لحاجتهم إلىٰ ذلك، فأجازه علىٰ هذا الوجه للاستحسان، وقد رُوِيَ عن جماعةٍ أنهم أجازوا ذلك.

❀❀❀

[٢/ ٨٩/أ] [١١٧٢] مسألة: قال: ومن كان له علىٰ رجلٍ دَينٌ قد حلَّ، فلا بأس أن ينظره بحميلٍ[٢] أو رهنٍ[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ التأخير فعل معروفٍ، و «**كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ**»[٤]، كما قال النبيُّ ﷺ، فلا بأس بذلك وقد قال النبيُّ صلىٰ الله عليه: «**مَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرَاً، أَوْ وَضَعَ عَنْهُ، أَظَلَّهُ الله فِي ظِلِّهِ، يَوْمَ لا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ**»[٥].



---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٦).

(٢) قولـه: «بحميـل»، الحميل هو الكفيل، ينظـر: الزاهر في غريب ألفاظ الشـافعي، ص (١٣٩).

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٦).

(٤) أخرجـه البخـاري (٦٠٢١)، من حديث جابر، وهو في مسـلم [٣/ ٨٢]، من حديث حذيفة، وهو في التحفة [٢/ ٣٧٥]، و [٣/ ٢٧].

(٥) أخرجه مسلم [٨/ ٢٣١]، وهو في التحفة [٨/ ٣٠٦].

[١١٧٣] مسألة: قال: ولو قال الحميل: «لا أتحمل لك إلّا أن تضع عني عشرة دراهم»، لم يكن في ذلك خيرٌ[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا يصير حمالةً بِجُعلٍ، فهو حرام؛ لأنّها تخرج عن فعل المعروف وتدخل في باب المعاوضة.

ولا يجوز أخذ جعلٍ علىٰ فعل عملٍ لله عَزَّ وَجَلَّ، كما لا يجوز أن يأخذ أجرةً علىٰ أن يصوم أو يصلي، وكذلك لا يجوز أن يأخذ عوضاً علىٰ الحمالة والضمان والكفالة وأشباه ذلك.

❀❀❀

[١١٧٤] مسألة: قال: ولا بأس ببيع عَسْبِ الفَحْلِ، الشهر والأيام المسمّاة[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ إنّما يبيع منفعةً يجوز أن ينتفع بها، كما يبيع خدمة عبده شهراً، وكذلك يبيع سكنىٰ داره شهراً، أعني: إذا أكرىٰ ذلك شهراً، فكذلك يجوز أن يؤاجر عسب الفحل شهراً؛ لأنَّهُ يجوز الانتفاع به، وكلُّ ما جاز للإنسان الانتفاع به مما ليس بنجس، جاز أن يهبه لغيره ويعاوضه عليه، إلّا ما كان من الوطء، فإنّه لا يجوز ذلك.

وإنما الذي لا يجوز أخذ عوضه، ما لا يجوز فعله مما كان منهياً عنه أو بيعه إذا كان منهياً عنه، وذلك كبيع الخمر والخنزير ومهر البغي وحلوان الكاهن

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٦).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٦).

وأشباه ذلك من الأعيان المحرمة والمنافع الممنوعة، فأمّا ما كان حلالاً بيعه والانتفاع به، فجائز له بيعه في عينه وبيع منافعه.

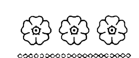
فإن قيل: قد رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنّه: «**نَهَىٰ عَنْ عَسْبِ الفَحْلِ**»[1][2]؟

قيل له: معنىٰ ذلك إن صحَّ الحديث، هو أن يكريه إلىٰ العلوق[3]؛ لأنَّ ذلك مجهولٌ لا يدرىٰ متىٰ يعلق، [٢/٨٩/ب] وليس يجوز إجارة المجهول كما لا يجوز بيعه، فأمّا إذا كان إلىٰ أجلٍ معلومٍ فلا بأس بإجارة ذلك[4].

❀❀❀

[١١٧٥] مسألة: قال: ولا بأس بإجارة المكيال والميزان[5].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الكيل والوزن فعلٌ مباحٌ يحتاج النّاس إليه، فلا بأس بفعلهم، فكذلك لا بأس بأخذهم العوض عليه؛ لأنّ كلّ ما جاز فعله جاز أخذ العوض عليه علىٰ ما ذكرناه.



[١١٧٦] مسألة: قال: ولا بأس بكسب الحجام[6].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٤)، وهو في التحفة [٦/ ١٨٨].

(٢) ينظر الاعتراض في: الحاوي للماوردي [٦/ ٣٩٨]، المغني [٦/ ٣٠٣].

(٣) قوله: «العلوق»، هو الحمل، ينظر المغرب للمطرزي، ص (٣٢٦).

(٤) نقل هذا الاختيار الحافظ ابن حجر، عن الأبهري في الفتح [٤/ ٥٣٩].

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٤٦).

(٦) المختصر الكبير، ص (٢٤٦).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الحجامة فعلٌ مباحٌ، فجاز أخذ العوض عليها؛ لأنَّ أخذ العوض علىٰ كلّ فعلٍ مباحٍ مما يفعله لغيره جائزٌ.

وقد رَوَىٰ مسدد[١]، حدثنا يزيد بن زريع[٢]، حدثنا خالد[٣]، عن عكرمة، عن ابن عباس قال: «**احْتَجَمَ رَسُولُ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ وَأَعْطَىٰ الحَجَّامَ أَجْرَهُ، وَلَوْ عَلِمَهُ خَبِيثًا، لَمْ يُطْعِمْهُ**»[٤].

ورَوَىٰ مالك، عن حميد الطويل، عن أنس بن مالكٍ أَنَّهُ قال: «**حَجَمَ أَبُو طَيْبَةَ رَسُولَ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ، فَأَمَرَ لَهُ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ، وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ مِنْ خَرَاجِهِ**»[٥].

❀❀❀

[١١٧٧] مسألة: قال: ولا بأس بأخذ المعلم الأجر علىٰ التعليم[٦].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأَنَّهُ أخذ عوضٍ علىٰ فعل خيرٍ وتعليم الخير، وذلك

---

(١) مسدد بن مسرهد بن مسربل بن مستورد الأسدي البصري، ثقة حافظ، من العاشرة. تقريب التهذيب، ص (٩٣٥).

(٢) يزيد بن زريع، ثقة ثبت، من الثامنة. تقريب التهذيب، ص (١٠٧٤).

(٣) خالد بن مهران البصري الحذاء، ثقة يرسل، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٢٩٢).

(٤) متفق عليه: البخاري (٢٢٧٨)، مسلم [٥/ ٣٩]، وهو في التحفة [٥/ ١١].

(٥) أخرجه مالك [٥/ ١٤١٩]، ومن طريقه البخاري (٢١٠٢)، وهو في مسلم [٥/ ٣٩]، من طرق أخرىٰ، وهو في التحفة [١/ ٢٠٠].

(٦) المختصر الكبير، ص (٢٤٦)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٢٠٢].

جائزٌ؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ أخذ العوض علىٰ كلّ فعلٍ مُجوَّزٍ حلالٌ، وأخذ العوض علىٰ كلّ فعلٍ ممنوعٍ منه حرامٌ.

ألا تـرىٰ: «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ فِي الخَمْرِ عَشَـرَةً**»[١]، منهم: البائع والمبتاع، والحامل والمحمول إليه، والعاصر والمعتصر، فكان الحامل والعاصر في اللعنة بمنزلة البائع؛ لأنَّ فعل ذلك كله ممنوعٌ غير مجوزٍ، فكذلك أخذ العوض عليه.

فإن قيل: فقد قال النبيُّ ﷺ لعبادة بن الصامت: «**إِنْ كُنْتَ تُحِبُّ أَنْ تُطَوَّقَ طَوْقـاً مِنْ نَارٍ فَاقْبَلْهَا**»[٢]، وذلك أَنَّهُ عَلَّمَ ناسـاً من أهل الصفة، فأهدىٰ إليه رجلٌ منهم قوساً، فسأل النبيُّ صلىٰ الله عليه عن ذلك[٣]؟

قيل له: معنىٰ هذا الخبر إن كان صحيحاً، هو أنَّ عُبادة إنّما كان علَّمه علىٰ وجـه القربة إلىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ، [٢/ ٩٠/أ] لا علـىٰ وجه أخذ العوض، فلم يجز له أن يأخـذ العوض علـىٰ فعلٍ فعله لله تعالـىٰ، فأمّا أن يكون ابتـداء الفعل من التعليم وغيره مما هو مجوَّزٌ علىٰ عوضٍ يأخذه، فلا بأس.

ألا ترىٰ: أنَّ أخذ العوض علىٰ الحج عن الإنسـان جائزٌ، والحج فعل خيرٍ يفعله الإنسان عن الإنسان، فكذلك تعليم القرآن وكلّ فعلٍ مجوَّزٌ فعله، يجوز أن يأخذ العوض عليه إذا كان الفعل حقّاً لا محالة، أو جائزاً لا محالة.

---

(١) أخرجه الترمذي [٢/ ٥٦٧]، وابن ماجه [٤/ ٤٦٨]، وهو في التحفة [١/ ٢٣٧].

(٢) أخرجه أبو داود [٤/ ١٥١]، وابن ماجه [٣/ ٢٨٦]، وهو في التحفة [٤/ ٢٤٠].

(٣) ينظر الاعتراض في: شرح السنة للبغوي [٨/ ٢٦٨].

وقـد كره مالكٌ بيع كتب الفقـه والإجارة علىٰ كتبهـا(١)، والفرق بينها وبين القرآن:

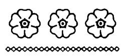
أنَّ القـرآن حقٌّ لا محالة، فجائزٌ تعليمه وأخذ العوض عليه، وليس يُعلم أنَّ كلَّ ما يعلمه الإنسـان من مذهب عالمٍ أو يكتبه حقٌّ، بل يُعلم أن بعضه خطأ، فلم يجز أخذ العوض علىٰ شيءٍ يجوز أن يكون خطأً.

ومعنـىً آخـر: وهو أنَّ تعليمـه الفقه والانتصـار له ليس فيـه غضاضةٌ علىٰ الناس، ولا انقطاعٌ عن معايشـهم فيه، وفـي الانتصاب لتعليم القرآن قطعٌ للمعلم عن معاشه، فجاز له أخذ العوض عليه لهذا المعنىٰ فيه(٢).

❀❀❀

[١١٧٨] مسـألة: قـال: ولا يُعَلَّـمُ أبناء اليهـود ولا النصـارىٰ الكتاب بغير قرآنٍ(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنهم يسـتعينون به علىٰ الباطل وما لا يجوز كتبه وفعله مـن دينهم ودنياهم، وذلك مكروهٌ معونتهم عليـه، قال الله جَلَّ وَعَزَّ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة:٢].



---

(١) ينظر: المدونة [٣/ ٤٣٠].

(٢) مـن قوله: «وقد كره مالكٌ بيع»، إلىٰ هذا الموضع، نقله التلمسـاني في شـرح التفريع [٨/ ٢٠٤]، عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٦).

[١١٧٩] مسألة: قال: وإن شَرَطَ تعليم الصبي السَّنَةَ أو السنتين، فذلك لازمٌ له، وإن لم يشترطه، فله أن يخرجه إذا شاء، وله بقدر ما عَلَّمَ(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأَنَّهُ إذا شرط تعليمه السنة أو السنتين أو أكثر من ذلك إذا كانت مدَّةً معلومةً، فذلك بمنزلة ما يكتري عبداً أو داراً كذلك، فليس لأحدهما أن يرجع عنه؛ لأنَّ ذلك عقدٌ لازمٌ.

ولو جاز أن يرجع أحدهما في عقد الإجارة إذا كانت صحيحةً، لجاز ذلك [٢/ ٨٤/أ] في عقد البيع، وقد قال الله جَلَّ وَعَزَّ: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة:١].

فأمّا إذا كان إلىٰ غير أجلٍ معلومٍ فليس ذلك عقداً لازماً(٢).

❀❀❀

[١١٨٠] مسألة: قال: ولا بأس بمشارطة المعلم: علىٰ السدس بكذا، وعلىٰ القرآن بكذا(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ تعليمه كذلك هو علىٰ وجه الجُعْلِ، وجُوِّزَ ذلك لحاجة النّاس إلىٰ تعليم القرآن، كحاجتهم إلىٰ الجعل فيما يصلح دنياهم، مثل الإتيان بالعبد الآبق والجمل الشارد(٤).

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٦)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٢٠٦].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٢٠٧]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٧)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٢٠٧].

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٢٠٧]، شرح المسألة عن الأبهري.

[١١٨١] قال: ولا بأس بأرزاق المؤذِّنين، ولا بأس ببيع المصحف والتجارة فيه[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ أخذ العوض علىٰ كلّ فعلٍ مجوَّزٍ أو بيع شيءٍ مجوَّزٍ جائزٌ، وبيع المصحف فعلٌ مجوَّزٌ، وكذلك الأذان، فجاز أخذ العوض عليهما كما يجوز أخذ العوض علىٰ الحكم، أعني: أجرة الحاكم والإمام، ولا نعلم خلافًا في جواز أخذ الإمام من مال المسلمين ما لا بد له منه وكذلك الحاكم إذا كانا محتاجين إلىٰ ذلك، فكذلك يجوز أن يأخذ المؤذن والعالم من مال المسلمين ما يحتاج إليه لمصالحه.

❀❀❀

[١١٨٢] مسألة: قال: ولا يصلح بيع العشرات[٢] **التي في الديوان بعرضٍ ولا عينٍ، ولا هبتها لثوابٍ**[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ بيعها غررٌ لا يدرىٰ أتخرج أو لا؛ لأنَّهُ قد يجوز أن يعطيه الإمام ويجوز أن يمنعه، وليس هي بمنزلة الدَّين الثابت في ذمَّة زيدٍ، أنَّهُ يجوز بيعه.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٧).

(٢) في النوادر والزيادات [٦/ ١٥٣]: قال محمد: هي العشرات التي تزاد في الأعطية.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٧)، وقد نقل ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٦/ ١٥٣].

ولأنَّ بيعها يدخله أيضـاً بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة متأخِّراً.

❁❁❁

[١١٨٣] مسـألة: قال: وإذا كانت لرجلٍ علىٰ رجلٍ مئـة دينارٍ إلىٰ أجلٍ[١]، فلا يجوز إذا حلت أن يبيعه سلعةً ثمنها مئة دينارٍ نقداً بخمسين ومئةٍ إلىٰ أجلٍ[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ لم يقبض المئة، وإنما باعه سـلعةً نقداً، وبخمسـين إلىٰ أجلٍ، فيدخله الدَّين بالدَّين، وبيع ذهبٍ بعرضٍ وذهبٍ، وذلك غير جائزٍ.

❁❁❁

[١١٨٤] مسـألة: قال: ولا خير في أن يكون علىٰ الرّجل الدَّين إلىٰ [٢/٨٣/ب] أجلٍ، فإذا حلَّ قال[٣]: «أعطني ذهبًا في طعامٍ إلىٰ أجل»[٤].

✍ إنّما ظاهر[٥] ذلك؛ لأنَّ الذهب التي يقبضها من له الدَّين، قد ردَّها علىٰ الذي عليه الدَّين، وانتقل من الدَّين الذي له إلىٰ طعامٍ إلىٰ أجلٍ، وذلك غير جائزٍ؛ لأنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه نهىٰ عن الدَّين بالدَّين[٦].

❁❁❁

---

(١) قوله: «إلىٰ أجل»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ثمّ أجل».
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٧)، المدونة [٣/ ١٧٠]، النوادر والزيادات [٦/ ١٤١].
(٣) قوله: «فإذا حلَّ قال»، كذا في شب، وفي المطبوع: «فإذا حلَّ الأجل قال».
(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٧).
(٥) قوله: «ظاهر»، كذا رسمها في شب.
(٦) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٤١ .

[١١٨٥] قال: ولا ينبغي أن يُشترىٰ دَينٌ علىٰ غائبٍ؛ لأَنَّهُ لا يدرىٰ حيٌّ هو أو ميتٌ.

ولا يشترىٰ دَينٌ علىٰ ميتٍ وإن عُلِمَ ما تَرَكَ، لا يُدرىٰ ما الذي يلحقه من الدَّين(١).

✍ قد ذكر مالكٌ العلة في منع بيع الدَّين علىٰ الغائب، وكذلك علىٰ الميت؛ لأنَّ المشتري لا يدري مقدار الدَّين الذي علىٰ الغائب، ولا هل هو حيٌّ أو ميتٌ، ولا مقدار ما علىٰ الميت من الدَّين، فليس يدري كم يصيبه في المُحَاصَّةِ إذا جمعت ديون الميت والغائب، فيكون ما اشتراه مجهول المقدار، وقد دخل في بيع الغرر، وقد نهىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه عن بيع الغرر(٢).

❁❁❁

[١١٨٦] مسألة: قال: ولا بأس ببيع الدَّين علىٰ الحاضر بثمن يقبضه، ويحيله عليه إلىٰ أجلٍ(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الدَّين الذي اشتراه علىٰ الحاضر معلومٌ، وما عليه أيضًا من الدَّين معروفٌ؛ وليس كذلك الغائب والميت اللذان لا يدري ما عليهما من الدَّين.

وجاز شراء الدَّين من الحاضر إن كان عينًا فتعرض معجلةً، وإن كان عرضًا

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٧)، النوادر والزيادات [٦/ ٣٧١].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٠٦ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٧).

فيجـوز بيعـه بعينٍ وعرضٍ، كما يجـوز أن يبيع دَينـًا عليه في ذمّتـه بعينٍ يأخذها، فكذلك يجوز أن يبيع دَينـًا له في ذمَّة زيدٍ بعينٍ يأخذها نقداً، لا فرق في ذلك.

❀❀❀

[١١٨٧] قال: ولا خير في أن يشـتري الرّجل الشـراء ويعربن[١] ديناراً، فإن أخذ المبيع، فهو من الثمن، وإن ترك المبيع[٢]، فلا عربان له.

قال: وإن عربنه شيئـًا، علىٰ: «أَنَّهُ إن رضي أخذ، وإن كره ردّ وأخذ عربانه»، إذا وَضَعَ ذلك علىٰ يدي غيره أو خَتْمُهُ عليه، فلا بأس[٣][٤].

✍ أمّا إذا شـترط أنَّ العربان للبائع، سـواءٌ أخذ المشتري [٢/١٠٤/أ] ما اشتراه أم لا، فذلـك غيـر جائز؛ لأنَّـهُ أكل مالٍ بالباطـل وأخذُهُ علىٰ غيـر عوضٍ حصل للمشتري، وذلك غير جائزٍ.

وقـد رَوَىٰ عمرو بن شـعيبٍ، عن أبيه، عن جده: «**أَنَّ رَسُـولَ الله ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ العُرْبَانِ**»[٥].

---

(١) قوله: «ويعربن»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ويقدم».

(٢) قوله: «المبيع»، كذا في شب، وهو غير مثبت في المطبوع.

(٣) من قوله: «قال: وإن عربنه شيئـًا »، إلىٰ هذا الموضع ساقط من المطبوع.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٧)، المختصر الصغير، ص (٥٦٦)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٨٨)، النوادر والزيادات [٦/ ١٥٠]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٩٨].

(٥) أخرجـه مالك [٤/ ٨٧٩]، ومن طريقـه أبي داود [٤/ ٨١]، وابـن ماجه [٣/ ٣١١]، وهو في التحفة [٦/ ٣٤٢].

فأمّا إذا اشترط أنّه إن أخذ المبيع فهو من الثمن وَإِلّا رده علىٰ المشتري، فذلك جائزٌ؛ لأنَّ هذا ليس فيه أخذ مالٍ بغير عوضٍ حصل للمشتري.

فاستحب مالكٌ أن يوضع العربان علىٰ يدي غير البائع، أو يختم عليه لئلا ينتفع البائع به، ثمّ يردَّه إذا لم يتمَّ به الشري؛ لئلا يدخله سلفٌ وبيعٌ.

❀❀❀

[١١٨٨] مسألة: قال: ولا بأس بالبيع إلىٰ الجَدَادِ(١)، وإلىٰ الحَصَادِ(٢)، وإلىٰ العصير(٣)، وعلىٰ التقاضي(٤)، وإن تأخر ذلك عرف وجهه(٥).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ وقت الجداد والحصاد والعصير معلومٌ في الأغلب، متقاربٌ ذلك كله، فجاز البيع إليه؛ لأنَّ اختلافه يسيرٌ، كما يجوز البيع مع الغرر اليسير.

ولو وجب أن يمنع من ذلك، لوجب أن يمنع من البيع إلىٰ سنةٍ؛ لأنَّ الأشهر

---

(١) قوله: «الجَدَاد»، هو وقت قطاف ثمر النخل، ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٠٤).

(٢) قوله: «الحَصَاد»، هو قطع الزرع وصرامه، ينظر: النظم المستعذب [١/ ١٥٢].

(٣) قوله: «العصير»، هو ما عصر من العنب، والمراد وقت العصر، ينظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، ص (٦٨).

(٤) قوله: «التقاضي»، البيع علىٰ التقاضي: هو البيع إلىٰ غير أجل سمياه، إلاّ أنَّهُ معلوم بالعرف، ينظر: البيان والتحصيل [٥/ ٢٩].

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٤٧)، المختصر الصغير، ص (٥٦٦)، المدونة [٣/ ١٩٦]، النوادر والزيادات [٦/ ١٥٤].

تختلف، تكون تارةً ثلاثين يوماً، وتارةً تسعاً وعشرين، كما قال النبيُّ ﷺ: «**الشَّهْرُ هَكَذَا وَهَكَذَا وَهَكَذَا**»(١)، يعني: بسط أصابعه العشر مرتين وقبض أصبعاً واحدةً في الثالثة، أي: يكون مرة تسعة وعشرين، ويُضبَطُ ذلك بالأيام؛ لأنَّ ذلك يمكن، فلمّا جاز البيع إلىٰ الشهور وإلىٰ السنة علىٰ الاختلاف اليسير إلىٰ وقت المبيع إليه وإن كان مقدوراً علىٰ الاحتراز منه، جاز ذلك في البيع إلىٰ الحصاد وإلىٰ الجذاذ، وما أشبه ذلك من الأوقات المعلومة.

وقد رَوَىٰ حجاج(٢)، عن عطاء، أنَّهُ قال: «**كَانَ ابْنُ عُمَرَ يَشْتَرِي إِلَىٰ الْعَطَاءِ**»(٣).

وقد رُوِيَ «**أَنَّ أُمَّهَاتِ الْمُؤْمِنِينَ كُنَّ يَشْتَرِينَ إِلَىٰ الْعَطَاءِ**»(٤)، رواه حجاج، عن حبيب(٥).

ورَوَىٰ إسرائيل، عن جابرٍ(٦)، عن عامرٍ(٧) قال: (**لَا بَأْسَ بِالْبَيْعِ إِلَىٰ الْعَطَاءِ**)(٨).

---

(١) متفق عليه: البخاري (١٩٠٨)، ومسلم [٣/ ١٢٣]، وهو في التحفة [٥/ ٣٢٦].

(٢) هو: حجاج بن أرطأة، تقدَّم ذكره.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ٥٤٨].

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ٥٤٨].

(٥) حبيب بن أبي ثابت قيس الأسدي مولاهم الكوفي، ثقة فقيه جليل، وكان كثير الإرسال والتدليس، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٢١٨).

(٦) جابر بن يزيد بن الحارث الجعفي الكوفي، ضعيف رافضي، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (١٩٢).

(٧) هو عامر الشعبي، وقد تقدَّم ذكره.

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ٥٤٨].

وعن السبعة الفقهاء قالوا: (لا بأس [٢/ ١٠٣/ب] بالبيع إلىٰ العطاء وإلىٰ خروج البيضاء، لا يطعنون في شيءٍ من ذلك)[(١)].

❀❀❀

[١١٨٩] قال: ولا خير في المبيع إلىٰ العطاء[(٢)]؛ لأنَّ ذلك يختلف، وإنما جوَّزه أهل العلم حين كان لا يختلف[(٣)].

✍ قد ذكر مالكٌ العلَّة في منع البيع إلىٰ العطاء؛ لأنَّ ذلك قد اختلف، فأمّا بيعه حين كان لا يختلف فإنّه كان جائزاً، وقد كان النّاس يشترون إليه علىٰ ما ذكرنا.

❀❀❀

[١١٩٠] مسألة: قال: ولا نحب شراء الجلود علىٰ ظهور البقر والغنم؛ لأنَّ ذلك يختلف[(٤)].

✍ قد ذكر مالكٌ العلَّة في منع بيعها، أَنَّهَا تختلف ولا يُدرىٰ كيف تخرج ولا مقدارها من الغلظ والرِّقَّة وأشباه ذلك.

❀❀❀

[١١٩١] مسألة: قال: ولا بأس بشراء الصوف علىٰ ظهور الغنم إذا كان

---

(١) أخرجه سحنون في المدونة [٣/ ١٩٧].

(٢) قوله: «إلىٰ العطاء»، يعني: إلىٰ وقت خروج الأُعطية، ينظر: نهاية المطلب [٦/ ٣١].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٤٧).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٤٨).

بحضرة جزازها العشرة والخمسة عشر - يعني: يومًا - وما أشبه ذلك، وإن طال، فلا خير فيه(١).

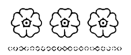
✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الصوف علىٰ ظهور الغنم يُرَىٰ ويعرف مقداره، فلا بأس ببيعه إذا جُزَّ مكانه أو بعد وقتٍ يسيرٍ لا يتغيَّر إليه، وذلك مثل الأيام اليسيرة.

وليس يشبه ذلك بيع جلدها؛ لأَنَّهُ لا يُرىٰ ولا يُدرىٰ كيف يخرج.



[١١٩٢] مسألة: قال: ولا بأس أن يشترط الجزاز علىٰ البائع(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا بيعٌ وإجارةٌ في عقدٍ واحدٍ، ولا بأس بذلك علىٰ ما ذكرناه(٣).



[١١٩٣] مسألة: قال: ومن كان له علىٰ رجلٍ دَينٌ، فأهدىٰ له هديةً أو صنع به معروفًا:

⇦ فإن تيقَّن أَنَّهُ للدَّين، فلا يجوز.

⇦ وإن تيقَّن أَنَّهُ لغيره، فلا بأس به.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٨).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٤٨)، وقد ذكر ابن يونس هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في الجامع [١١/ ١٣٥].

(٣) ينظر: المسألة رقم: ١١٦٩

⇦ **وإن أشكل، فلا يقربه**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّهُ يدخله قرضٌ جرَّ منفعةً إن كان الدَّين أصله عيناً أقرضه.

وكذلك إن كان عيناً عليه من بيع سلعةٍ أخرىٰ، فهو قرضٌ جر منفعةً، وذلك كله مكروهٌ.

وإن كانت الهدية لإخاءٍ بينهما أو مودَّةٍ لو لم يكن الدَّين كان ذلك منهما، فلا بأس به(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٤٨)، المدونة [٣/ ١٧٩]، النوادر والزيادات [٦/ ١٢٩].

(٢) هذا هو آخر الموجود من كتاب البيوع، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع بعضاً من شرح الأبهري، بيانها كالتالي:

باب العيوب في البيع

[٢٦٢]- (ومن ابتاع سلعةً علىٰ السّلامة، ثمّ وجد بها عيباً لا يحدث مثله عنده، فهو بالخيار في فسخ البيع أو تركه ولا أرش له، فإن كان العيب ممّا يحدث مثله عند المبتاع، فالقول في ذلك قول البائع مع يمينه، فإن كان عيباً ظاهراً، حلف علىٰ البتّ، وإن كان عيباً باطناً، حلف علىٰ العلم).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٣٢]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قلنا: إنّ له أن يردّ إذا وجد بالسّلعة عيباً، فلأن المشتري لم يدخل علىٰ العيب ولا رضي به فكان له أن يردّه.

وروي عن النّبيّ ﷺ أنه قال: «لَا تُصَرُّوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَيْنَ أَنْ يَحْلُبَهَا فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا، وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»، فجعل النّبيّ ﷺ للمشتري ردّ المصرّاة؛ لأنّ التّصرية عيبٌ؛ لأنّ المشتري دخل علىٰ أنّ لبنها كثيرٌ، وعلىٰ ذلك باعها البائع، فلمّا يكن كذلك، كان له الردّ.

❖ ❖ ❖

ولا خلاف بين أهل العلم: أنّ للمشتري أن يردّ السّلعة إذا كان بها عيبٌ لم يُعلِمه البائع بذلك ولا رضي به».

فيما إذا حدث بالسّلعة عند المشتري عيبٌ آخر.

[٢٦٣] - (وإن حدث به عند المبتاع عيبٌ آخر، فهو بالخيار:

في ردّه وما نقصه العيب الثّاني عنده والرّجوع علىٰ البائع بثمنه.

وبين إمساكه والرّجوع علىٰ البائع بأرش عيبه).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٣٤]: «قال الأبهري: لأنّ البائع لا يخلو:

إمّا أن يكون عالماً بالعيب، فهو مدلّسٌ.

أو غير عالمٍ، فهو مقصّرٌ بترك تعرّف العيب، الحجّة عليه.

وليس كذلك المشتري؛ لأنّه لم يعلم بالعيب فرضي به، ولا قصّر في تركه تعرّفه؛ لأنّ الشّيء لم يكن في ملكه، فلم تكن الحجّة عليه كهي علىٰ البائع.

وإذا كان العيب غير مفسدٍ، فلا شيء علىٰ المبتاع، ولا أرش عليه متّىٰ ردّه؛ لأنّ هذا عيبٌ غير مؤثّرٍ، كالصّداع والرّمد، من قِبَل أنّ هذه العيوب تزول ولا تؤثّر نقصاً.

وهذا بخلاف ما إذا لم يحدث عنده عيبٌ، فإنّ هناك لا خيار له في أخذ أرشٍ، وإنّما الخيار له في أن يمسك ولا شيء له، أو يردّ ولا شيء عليه.

والفرق بينهما: أنّه هاهنا إذا أراد أن يردّ، ردّ قيمة العيب الحادث عنده، وإذا لم يحدث عنده عيبٌ، فليس عليه غرامةٌ، فلذلك كان له الخيار: إن شاء أمسك ولا شيء له، وإن شاء ردّ ولا شيء عليه».

[٢٦٤] - (ومن اشترىٰ سلعةً فوجد بها عيبين: أحدهما قديمٌ، والآخر ممّا يحدث عنده مثله، كان له ردّها بالعيب القديم، وعليه اليمين: ما حدث العيب الآخر عنده).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٣٥]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قلنا: إنّه لا شيء عليه في العيب الثّاني؛ من قِبَلِ أنّه لا يُتيقّن أنّه حدث عنده؛ لجواز أن يكون حدث عند البائع.

وعلىٰ المشـتري اليمين: «ما يعلم أنّه حدث عنـده»؛ لجواز أن يكون قد حدث عنده، وقد علم به فكتمه.

فـإن نكل المبتاع، حلف البائع، ولزم المبتاع هذا العيب، وخُيِّر في ردّه، وما نقصه، أو يحبسه ويأخذ قيمة العيب القديم.

فإن نكل البائع أيضـًا، لزمه العيبان جميعـًا، ثمّ للمبتاع حبسه ولا شيء له، أو يردّه ولا شيء عليه».

[٢٦٥]- (ومـن اشـترىٰ عبداً فأعتقه قبل علمه بعيبه، ثـمّ ظهر علىٰ العيب بعد عتقه، رجع علىٰ البائع بأرش عيبه، ونفذ عتقه.

وكذلك لو مات عند مبتاعه، رجع علىٰ البائع بأرش عيبه).

قال في شـرح التفريع [٨/ ١٣٦]: «قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ البائع لم يسـلم للمشـتري ما أوجبه العقد من سلامة العبد أو الشّيء المُشتَرىٰ، فوجب له الردّ إن كان الشّـيء باقيـًا، ووجب له الأرش إن كان الشّـيء قد فات بوجهٍ من وجوه الفوت؛ لأنّ علـىٰ البائع توفية المشـتري ما أوجب له العقد من سـلامة المبيع، فـإذا لـم يوفه، كان عليـه يـدل ما بقي له، وذلك مقدار أرش العيب؛ لقول النّبِـيِّ ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْـلِمٍ إِلّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»، ولـم تطب نفس المشـتري للبائع بالنّقص الذي لحقه في المبيع من جهته، فعليه دفع ذلك إليه إذا فات المبيع ولم يقدر علىٰ ردّه.

فإن كان قد علم بالعيب، لم يرجع بشيءٍ؛ لأنّ ذلك يُعدّ منه رضـًا».

[٢٦٦]- (ولو باعه، ثمّ ظهر بعد البيع علىٰ عيبه، لم يرجع علىٰ البائع بشيءٍ.

وقد قيل: بيعه كموته وعتقه، ويرجع علىٰ البائع بأرشه.

وقـد قيـل: إن كان نَقَصَ من ثمنه لأجل عيبه، فظـنّ أنّ العيب حدث عنده، ثمّ علم أنّه كان قديمـًا، كان له أن يرجع بأرش العيب عليه).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٣٧]: «اختلف فيمن اشترىٰ عبداً فباعه، ثمّ اطّلع فيه علىٰ عيبٍ بعد البيع:

فقال مالك رضي الله عنه: لا يرجع بشيءٍ.....

وقال أشهب: إن باع بمثل الثّمن فأكثر، لم يرجع بشيءٍ، وإن باع بأقلّ، رجع بالأقل من قيمة العيب، أو ما نقص من الثّمن.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ البائع لم يوفّ المشتري ما اشتراه منه، فعليه توفية ذلك أو ردّ ثمنه الذي قبضه».

وقال أيضاً: «وفي مختصر ابن عبد الحكم عن مالك رضي الله عنه: أنّ له أن يرجع بقيمة العيب علىٰ كلّ حالٍ، بمنزلة أن لو أعتقه.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّه قد خرج عن ملك المشتري، كما خرج بالعتق والكتابة، وليس يجب أن يُراعىٰ جواز رجوعه إليه وملكه، كما لا يراعىٰ عجز المكاتب في الكتابة، والكتابة فوتٌ عند مالك، وكذلك البيع يجب أن يكون فوتاً، ويرجع المشتري الأوّل علىٰ البائع الأوّل بأرش العيب الذي بقي عنده.

وقال أيضاً في [٨/ ١٣٨]: «وقد قيل: إن كان نَقَصَ من ثمنه لأجل العيب، وظنّ أنّ العيب حدث عنده فبيّنه أو باعه وكيلُه وبيّن العيب، فإنّه يرجع علىٰ البائع بالأقل من قيمة العيب أو تمام الثّمن.

قال الأبهري رضي الله عنه: وإذا نقص ثمن العبد لأجل العيب، رجع فأخذ قيمة العيب من الذي باعه؛ لأنّ سبب هذا النّقص من البائع، وإذا لم ينقص من الثّمن من أجل العيب، لم يرجع المشتري الأوّل علىٰ البائع الأوّل بشيءٍ.

فيمن وطئ أمةً معيبةً بعد علمه بالعيب

[٢٦٧]- (ومن اشترىٰ أمةً معيبةً، ثمّ وطئها بعد علمه بعيبها، لزمه عيبها ولم يرجع علىٰ بائعها بشيءٍ من أرشها.

فإن وطئها قبل علمه بعيبها، ردّها ورجع عليه بثمنها، ولا شيء عليه في وطئها إذا كانت ثيباً، وإن كانت بكراً فنقصها وطؤه لها، ردّها وما نقصها الوطء، ورجع بثمنها، وإن شاء حبسها وأخذ من البائع أرش عيبها.

وكذلك كلّ من اشترىٰ شيئًا معيبًا، ثمّ تصرّف فيه بعد علمه بعيبه، لم يجز له ردّه، ولم يكن له علىٰ البائع أرش عيبه).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٣٩]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وسواءٌ كانت بكراً أو ثيّبًا؛ لأنَّ المشتري إذا علم بالعيب، إنّما له الردّ أو الإمساك، فإن ردّ أخذ الثّمن، وإن أمسك فلا أرش له، لا خلاف في ذلك بين أهل العلم، فلمّا وطئ بعد العلم بالعيب، فقد رضي به، وليس له الردّ ولا أرش العيب».

وقال أيضًا: «واختلف إذا وطئها قبل أن يعلم بعيبها، ثمّ علم بعيبها وأراد ردّها، هل يكون وطؤه فوتًا يمنع ردّها، أم لا يكون فوتًا:

فقال مالكٌ رضي الله عنه: لا يكون ذلك فوتًا وله الردّ، فإن كانت ثيّبًا فلا شيء عليه في وطئها؛ لأنّه وطئ ما ملكه، فلا مهر عليه ولا أرش؛ لأنّ الوطء لا ينقص الثيّب من ثمنها.

وإن كانت بكراً فعليه ما نقصها الافتضاض، قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ الوطء ينقص من ثمنها».

وقال أيضًا في [٨/ ١٤٠]: «ومن ابتاع جاريةً علىٰ أَنَّهَا عذراء، ثمّ جاء فزعم أنّه لم يجدها كذلك، فإنّه ينظر إليها النّساء، فإنْ قُلْنَ: نرىٰ أثراً قريبًا، حلف البائع، ثمّ لزمت المبتاع، وإن قلن: هذا قديمٌ، حلف المبتاع، ثمّ ردّها، فإن أبىٰ، رُدَّت اليمين علىٰ البائع، ثمّ لزمت المبتاع.

قال الأبهري: وإنّما قال ذلك؛ لأنّه يُقدَرُ علىٰ استعلام ذلك بنظر النّساء إليه، فيرجع إلىٰ نظرهنّ، وما يقلن في ذلك، كما يرجع في تعريف عيوب النّساء إلىٰ نظرهنّ.

ثمّ يحلف من قَوِيَ سببه من البائع أو المبتاع احتياطًا، فمن حلف حُكِم له، ومن أبىٰ حلف الآخر وحُكِم له؛ لأنّه قد اجتمع للمحكوم له قول النّساء ونكول المدّعىٰ عليه، فكان أمره أقوىٰ من أمر خصمه».

وقال أيضاً في [٨/ ١٤٠]: «قال مالكٌ رضي الله عنه: ومن باع جارية علىٰ أنّه لا يدري أبكرٌ هي أم ثيّبٌ فلا بأس بذلك، ولا تردّ إذا كانت ثيّباً.

قال الأبهري: لأنّ البائع لم يبعها علىٰ أَنَّهَا بكرٌ».

وقال أيضاً في [٨/ ١٤١]: «قال مالكٌ رضي الله عنه: ومن اشترىٰ جاريةً فوجدها غير مخفوضةٍ، فله أن يردّها إذا كانت من رقيق العرب، وإن كانت من العجم الذين لا يخفضون فليس ذلك له.

وإنّما ذلك في المرتفعات، فأمّا الخدم فلا تردّ بذلك، سواءٌ كانت من رقيق العرب أو من رقيق العجم.

قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما كان له الردّ إذا كانت غير مخفوضةٍ؛ لأنّ ذلك عيبٌ ونقصٌ فيها إذا كانت من رقيق العرب، فأمّا إذا كانت من العجم، فإنّه لا يردها؛ لأنّهم لا يخفضون، وعلىٰ ذلك دخل المشتري.

وهذا إذا كانت من جواز الوطء، فأمّا إن كانت من الوخش فلا ردّ له، كانت من العرب أو العجم؛ لأنّ الغرض منها الخدمة».

في استعمال الشّيء المعيب قبل علمه بعيبه

[٢٦٨] – (ومن اشترىٰ شيئاً معيباً فاستعمله أو استغلّه قبل علمه بعيبه، ثمّ علم بالعيب فردّه، فلا شيء عليه في استعماله ولا في استغلاله).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٤٣]: «قال الأبهري: ولأنّ المشتري قد ملك العبد واستقرّ ملكه عليه، فما استغلّه فهو له، وكذلك ما استعمله، والخراج بالضمان.

قال الأبهري رضي الله عنه: ولا خلاف في ذلك بين أهل العلم؛ وإنّما الخلاف بينهم في البيع الفاسد إذا استغلّه المشتري، هل يكون له خراجٌ أم لا؟

فقال مالكٌ رضي الله عنه وأهل العراق: الخراج للمشتري بالضّمان؛ لأنّ البيع تلفه منه، فوجب أن تكون غلّته له، وهو ممّا له شبهة ملكٍ وليس بغاصبٍ؛ لأنّ مالك السّلعة سلّطه علىٰ ذلك.

وقال الشافعي رضي الله عنه: الخراج للبائع».

[٢٦٩] - (ومن اشترىٰ دابّة سمينةً فعجفت عنده، ثمّ ظهر علىٰ عيبٍ بها، فهو بالخيار في حبسها وأخذ أرشها، وفي ردّها وردّ ما نقص العجف عنده وأخذ ثمنها.

وإن اشتراها عجفاء فسمنت عنده، ففيها روايتان:

إحداهما: أنّه بالخيار في حبسها وأخذ أرشها، والأخرىٰ: أنّه إن حبَسَها لم يكن له أرشها، وله ردّها وأخذ ثمنها)

قال في شرح التفريع [٨/ ١٤٥]: «قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ المنافع تختلف في الدّابة بالسّمن والعجف؛ لأنّ الدوابّ إنّما تراد للرّكوب والحمولة، والسّمين منها آكد علىٰ الكدّ والتّعب من المهزول الأعجف.

فلذلك قال: يردّ البائع علىٰ المشتري قيمة العيب إذا عجفت عنده؛ لأنّها قد فاتت في يده باختلاف المنافع، كما لو كان عبداً فهزل في يد المشتري، كان علىٰ البائع دفع الأرش إليه؛ لأنّه قد فات.

وليس كذلك الرّقيق إذا عجف أو سمن؛ لأنّ الرّقيق لا يراد للرّكوب والحمولة؛ وإنّما يراد للوطء والخدمة، وذلك لا يختلف في السّمن والعجف».

وقال أيضاً: «واختلف إذا كانت عجفاء فسمنت عنده، هل يكون ذلك فوتاً ويرجع بقيمة العيب، أو تكون كالقائمة، تُمسَكُ ولا شيء له، أو يردّ ولا شيء عليه؟

قال مالكٌ رضي الله عنه مرّةً: إنّه ليس بفوتٍ، وهو مخيّر بين أن يردّ ولا شيء عليه، أو يمسك ولا شيء له.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّه قادرٌ علىٰ الردّ مع ما قد زاد فيها من السُّمن، فإذا لم يردّها فقد اختار إمساكها، فلا أرش له للعيب.

وقال مرّةً: إنّه فوتٌ، ويخيَّرُ بين أن يردّ ولا شيء له، أو يمسك ويرجع بقيمة العيب، وقاله ابن القاسم.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ السّمن ربّما أضرّ بالدّابة ومنع من كثرة الحمولة

عليها ومشيها، وذلك يُنقِص منفعتها، وإذا كان كذلك، فلا فرق بين الدوابّ والرّقيق، والله أعلم.

قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ السّمن زيادةٌ في البدن، فليس عليه أن يردّها زائدةً، كما لو اشترىٰ صغيراً فكبر، فله أن يمسك ويأخذ أرش العيب، والله أعلم».

[٢٧٠] – (والـذي يُـرَدُّ به مـن العيـوب: كلّ عيبٍ ينقص مـن الثّمن، مثـل: الجنون والجذام والبرص والعنّين والخصاء والجبّ والرّتق والإفضاء والزّعر وبياض الشعر، وما أشبه ذلك).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٤٧]: «والأصل في الردّ بالعيب، ما روي عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «لَا تَصُرُّوا الإِبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَينِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا، إِنْ شَـاءَ أَمْسَـكَهَا، وَإِنْ شَـاءَ رَدَّهَا وَصَاعَـًا مِنْ تَمْرٍ»، فجعل له الـردّ إذا وجدها بخلاف الصّفة التي اشتراها عليها، فكان ذلك أصلاً في الردّ بالعيب.

قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ ما ينقص القيمة من العيوب فيه ضررٌ علىٰ المشتري ونقـصٌ لملكه، فله أن يردّ ليزيل النّقص الذي دخل عليه في ماله، فأمّا ما لا يضره ولا ينقص ماله، فليس له أن يردّه.

وليس يُنظَر في العيب إلىٰ ما يردّه التّجار مما ليس فيه نقصٌ في ملكه أو خوف عاقبةٍ، وإنّما ينظر إلىٰ ما يردّ نقص ملكٍ أو خوف عاقبةٍ، فيردّ منه إلىٰ ما يستحسـنه التّجار أو يستقبحونه».

وقال أيضـًا: «إذا ثبت هذا، فما هي العيوب التي يردّ بها؟

فاعلـم أنّ الـذي يـردّ بـه مـن العيـوب: كلّ عيـبٍ نقص مـن الثّمـن، مثـل الجنون، والجذام.....

وأمّا البرص فإنّه يردّ به؛ لأنّه عيبٌ.

وكذلك العسـر، قال الأبهري: من قِبَلِ أنّه يعمل بيساره ما يعمل بيمينه، ويعتمد عليها دون اليمين، ومعلومٌ أنّ قوة اليّسار والعمل بها أقلّ من قوّة اليمين؛ وذلك عيبٌ».

وقال أيضـاً في [٨/ ١٤٩]: «وترد الأمة إذا وُجِدَت مستحاضةً.

قال الأبهري: لأنّ الاستحاضة مرضٌ».

وقال أيضـاً: «وكذلك إذا بلغت المحيض فلم تحض، فذلك عيبٌ تردُّ به.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ ذلك يكون من علّةٍ بها».

وقـال أيضــاً: «وكذلك البَخَـر في الفم عيـبٌ تردّ بـه الجارية، وكذلك زنـىٰ الجارية وشهرتها به عيبٌ

قال الأبهري رضي الله عنه: وكلّ هذه عيوبٌ يدخل بها النّقص علىٰ المشتري».

وقال أيضـاً: «وتردُّ الأمة إذا ادّعت: «أنّها ولدت من سيّدها»، وأنكر البائع.

قـال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ النّاس يكرهون شـراء مَنْ هـذا وصفها وذلك عيبٌ يُنقِص الثّمن، فله الرد ».

وقـال أيضــاً: «ومن اشـترىٰ أمَةً يزعـم أَنَّهَا بكراً، وتطبـخ أو تخبز من غير شـرطٍ، ثمّ وجدها ليست كذلك، فإنّها تردّ.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ ترك البائع الإنكار عليها وسـكوته علىٰ ذلك، بمنزلة شرطه ذلك للمشتري؛ لأنّه إنّما زاد في ثمنها لما ذكرت أَنَّهَا تحسنه».

العلائق عيبٌ يوجب الردّ

[٢٧١] – (والعلائـق فـي العبيـد والإماء عيـبٌ يوجب الـردّ، مثل: الـزّوج والزّوجة والولد).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٥٢]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وتزويج الأمة عيبٌ. وإذا زال كان لـه الـرد؛ لأنّ له ردّها مع بقائه، فكذلك إذا زال؛ لأنّ البائع لم يُسـلِم إلىٰ المشتري ما أوجبه له العقد، ومَنَعَ ذلك، فإنّ نَقْصَ تزويجها لا يزول؛ لأنّ المرأة التي لم تتزوج قطّ، هي آثرُ عند الرّجال ممن تزوّجت، فعيب تزويجها لا يزول».

في عهدة الرّقيق

[٢٧٢] – (ومن اشترىٰ عبداً أو أمةً، فعهدته ثلاثة أيّامٍ ولياليها، وكلّ ما أصابه فيها من

حدثٍ، فضمانه من بائعه، والمشتري فيه بالخيار: إن شاء أخذه بالعيب الذي حدث فيه بجميع الثمن، وإن شاء ردّه.

ثمّ له بعد ذلك عهده السَّنِة من ثلاثة أدواءٍ مخصوصةٍ، وهي: الجنون والجذام والبرص، وما حدث به من ذلك في السّنَةِ، كان المشتري فيه بالخيار، بين إنفاذه وردّه).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٥٢]: «والأصل في العهدة، ما روي عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّام، فَإِنْ وَجَدَ دَاءً فِي الثَّلَاثِ لَيَالِي، ردَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ، وَإِنْ وَجَدَ دَاءً بَعْد الثَّلَاثِ، كُلِّفَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَبِهِ هَذَا الدَّاءُ»....

قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ عهده الثّلاث بمنزلة البيع بالخيار عند مالكٍ، فما أصاب العبد في أيّام الخيار من تلفٍ أو مصيبةٍ، فهو من البائع؛ لأنّ ملك المشتري إنّما يتم ويستقرّ بعد اختياره له، أو تمضي أيّام الخيار، فكذلك عهدة الرقيق، تجري مجرىٰ بيع الخيار عند أهل المدينة؛ لأنّها صارت كالعرف لهم؛ وذلك جائزٌ؛ إذ ليس يمنع منه كتابٌ ولا سنّةٌ.

فإن قيل: إنّ معنىٰ الحديث عهده الاستحقاق لا عهدة الثّلاث؟

قيل له: لا معنىٰ لما قلت؛ لأنّ فائدة الحديث تذهب علىٰ هذا التأويل.

ألا ترىٰ: أنّ عهده الاستحقاق في الثّلاث وبعدها، وإذا كان كذلك، فلا بد من تخصيص الثلاث بحكمٍ.

وقال أيضاً في [٨/ ١٥٣]: «إذا ثبت هذا، فقال مالكٌ رضي الله عنه: عهدة الثّلاث في الرّقيق خاصّةً، دون الحيوان، وهي ثلاثة أيّامٍ وثلاث ليالٍ، فإن اشترىٰ نهاراً، ألغىٰ ذلك اليوم واستقبل ثلاثاً بلياليها.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ الأيّام متعلّقةٌ باللّيالي، واللّيالي بها، فكان حكم ذلك كلّه واحداً، كما يكون ذلك في العدَّةِ وغيرها مما يستوي فيه حكم اللّيل والنّهار.

قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ ضبط ذلك الوقت يصعب، فوجب أن يلغيَهُ ويبتدئَ من أوّل الزمان، وهو الليل».

وقال أيضـًا: «قال مالكٌ رضي الله عنه: وعهده الثّلاث تدخل في الاستبراء.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ حكم الاستبراء والعهدة سواءٌ في أنّ المبيع علىٰ ملك البائع حتىٰ يخرج من الاستبراء؛ إذ تلفه منه، فكان أمرهما واحداً، ودخل بعض ذلك في بعضٍ».

وقال أيضـًا: «وأمّا قوله: ثمّ له بعد ذلك عهدة السّنة من ثلاثة أدواءٍ مخصوصةٍ، وهي: الجنون والجذام والبرص؛ فإنّما قال ذلك؛ لأنّ هذه الأدواء تكمن في البدن ثمّ تظهر، فمتىٰ ظهرت قبل السّنة، عُلِم أنّ أصلها كان عند البائع، وإذا حدثت بعده، عُلِم أَنَّهَا حدثت في ملك المشتري.

وقد جُعِلَت السّنة حدّاً في تعرّف داءٍ يكون في البدن، وهو العنّة، فكذلك هذه الأشياء الثّلاثة.

قال الأبهري: وقد روّينا عن جماعةٍ من علماء المدينة: أنّ عهدة الرّقيق سَنَةٌ في هذه».

باب الاستبراء

[٢٧٣]- (قال مالكٌ: ومن وطئ أمةً، ثمّ أراد بيعها، استبرأَهَا بحيضةٍ قبل البيع، وعلىٰ المشتري أيضـًا إذا اشتراها أن يستبرئَها بحيضةٍ قبل الوطء).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٥٨]: «قال الأبهري: وقد روي عن عليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: (تُسْتَبْرَأُ الأَمَةُ بِحَيْضَةٍ)، وروي عن ابن عمر في الأمة إذا بيعت أو عتقت أو وهبت: (أَنْ تُسْتَبْرَأ بحيْضَةٍ).

وإنّما لزم المشتري الاستبراء؛ لقوله ﷺ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِالله وَاليَوْمِ الآخِرِ، فَلَا يَسْقِيَنَّ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ».

ولأنّه لا يأمن أن تكون حاملاً، فلزمه الاستبراء؛ لئلا يُقْدِمَ علىٰ فرجٍ لا يعلم براءته.

فإن اتّفقا علىٰ استبراءٍ واحدٍ، جاز ذلك، وذلك أن يجعلا الجارية علىٰ يدي امرأةٍ، أو عند من يثقان به، فيجزيها، فإن عَلِمَ المشتري براءة رحمها، فلا استبراء عليه.

فإن قيل: إن ذلك عليه؛ لأنّه قد ملك، وكلّ من ملك أمةً يجوز له أن يطأها، فعليه أن يستبرئ؟

قيل: هذا غلطٌ؛ من قِبَلِ أنّه لو كان كذلك، لكان علىٰ الإنسان إذا اشترىٰ زوجته أن يستبرئها، وليس عليه ذلك، فقد عُلِمَ أنَّ علّة الاستبراء ليست الملك وجواز الوطء، وإنّما هو ما ذكرناه وهو الوطء، وجواز الوطء في الاستئناف، وأن يُعْلَم أنّ رحمها ليس مشغولاً بماء غيره».

[٢٧٤] – (ويستحبّ أن توضع الجارية المستبرأة علىٰ يدي امرأةٍ عدلةٍ من النّساء، فإن حاضت تمّ بيعها، وإن ظهر بها حملٌ لم يتمّ بيعها).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٥٩]: «قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ البائع قد لا يثق بالمشتري، أو لا يثق المشتري بالبائع بكونها عنده؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما لا يدري لعلَّ البيع لا يتمّ له، فجُعِلت عند ثقةٍ من امرأةٍ أو رجلٍ يرضيان به جميعاً».

باب بيع البراءة

[٢٧٥] – (ولا يجوز بيع شيءٍ من العروض والسّلع بالبراءة من العيوب، إلّا عيباً معيّناً.

ولا بأس ببيع الرّقيق والإماء بالبراءة من العيوب، إلّا ما علمه البائع فكتمه فإنّه لا يبرأ منه، إلّا أن يسمّيه ويعيّنَه ويوقِف المشتري عليه).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٦٣]: «اختلف: هل البراءة جائزةٌ في جملة المبيعات، أو في بعضها دون بعضٍ؟

فقال ابن حبيب: تجوز البراءة في كلّ شيءٍ، الرقيق والحيوان، وبه حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقال به مالكٌ رضي الله عنه في أوّل زمانه، وأخذ به ابن وهبٍ رحمه الله، قاله الأبهري رضي الله عنه.

قال الأبهري رضي الله عنه: ووجه ذلك: أنّ عيوب الحيوان لا يوقف عليها، ففارقت السّلع وأشبهت الرّقيق، والله أعلم.

ثم رجع مالكٌ رضي الله عنه فقال: لا تجوز إلّا في الرّقيق وحده، قال ابن القاسم: وبه آخذ من قول مالكٍ، وبه قضىٰ عثمان وعلي وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم، وبه مضىٰ العمل.

وإنّما فرّق بين الرّقيق والحيوان، من جهة أنّ الرقيق يخفون عيوبهم، فلا يصل المالك إلىٰ علمها، بخلاف الحيوان فإنّهم لا يكتمون عيوبهم والبائع يقدر علىٰ تعرّف ذلك فيهم، فلم يجز له بيعه بالبراءة من عيبٍ إن كان، إلّا أن يكون بها عيبٌ يعلمه، فيجوز له أن يبرأَ إلىٰ المشتري منه.

قال الأبهري رضي الله عنه: ومما يدلّ علىٰ أنّ بيع البراءة لا يكون إلّا في الرقيق وفيما لا يعلمه البائع من العيب دون ما علمه، ما رواه مالكٌ، عن يحيىٰ بن سعيدٍ، عن سالمٍ: «أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ الله عَنْهُ بَاعَ غُلَامًا لَهُ بِثَمَانِمِئَةِ دِرْهَمٍ بِالبَرَاءَةِ، فَقَالَ الَّذِي ابْتَاعَهُ: بِالغُلَامِ دَاءٌ لَمْ يُسَمَّ لَي، فَاخْتَصَمَا إِلَىٰ عُثْمَانَ رَضِيَ الله عَنْهُ، فَقَضَىٰ عَلَىٰ ابْنِ عُمَرَ أَنْ يَحْلِفَ: «مَا بِعْتُهُ وَبِهِ عَيْبٌ يَعْلَمُهُ»، فَقَالَ ابْنُ عُمَرَ: «أَحْلِفُ لَقَدْ بِعْتُهُ بِالبَرَاءَةِ»، فَقَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ الله عَنْهُ: تَحْلِفُ: مَا بِعْتَهُ وَبِهِ عَيْبٌ تَعْلَمُهُ، قَالَ: فَأَبَىٰ ابْنُ عُمَرَ وَاسْتَرْجَعَ العَبْدَ».

قال الأبهري رضي الله عنه: فلم ير عثمان أن يبرأ من العيب الذي يعلمه».

وقال أيضًا في [٨/ ١٦٤]: «قال مالكٌ رضي الله عنه: ولا يجوز بيع الجارية بالبراءة من الحمل، إلّا أن يكون من الوخش فلا بأس بذلك، ولا يجوز إذا كان سيدها يطؤها.

قال الأبهري: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ الحمل يُنْقِصُ المُرْتَفِعَةَ وَلَا يُدْرَىٰ كَمْ نَقْصُهَا، وذلك غررٌ.

فأمّا إن كانت من الوخش، فلا بأس ببيعها بالبراءة؛ لأنّ حملها لا ينقصها، بل لعلّه يزيد في ثمنها».

وقال أيضـًا فـي [٨/ ١٦٥]: «وإذا كانت ظاهرة الحمل، جاز بيعها بالبراءة، كانت من المرتفعات أو الوخش؛ لأنّ المشتري دخل علىٰ عيبٍ بها يعلمه.

فـإن كان البائـع يطؤها، لم يجز بيعه إيّاها بالبراءة من الحمـل؛ لجواز أن تكون حاملاً منه؛ لأنّها تصير أمّ ولدٍ وبيعها غير جائز.

قـال الأبهري رضي الله عنه: والفـرق بين البراءة من الحمل والتّبـري من العيب: أنّ الحمل يظهر، وتمكن معرفته من غير جهة الأمة، والعيب لا يُوقف عليه إذا كان باطنـًا إلّا من جهتها، فجازت البراءة من العيب، ولم يجز من الحمل، والله أعلم».

باب التفرقة في البيع

[٢٧٦] – (ولا يجوز أن يفرّق بين الأمة وولدها في البيع، ولا بأس أن يفرّق بين العبد وولده).

قال في شـرح التفريع [٨/ ١٦٧]: «قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ الصّغير يلحقه الضّـرر بالفرقـة بينه وبيـن أمّه؛ لما يفقـد من رفقهـا وقيامها عليـه وحضانتها له حتىٰ يسـتغنيٰ بنفسـه ويعرف حاله ومصالحه؛ ولذلك جُعِلت الحضانة للأمّ ولسائر النّساء من ذوات الرّحم؛ لرفقهنّ بالولد».

باب بيع المرابحة

[٢٧٧] – (ولا بأس بالبيع مساومةً ومرابحةً.

ومن باع مرابحةً، فإنّه يحسـب في أصل الثّمن كلّ ما له تأثيرٌ في العين، مثل: الخياطة والقصارة والصّبغ والطّرز)

قـال في شـرح التفريع [٨/ ١٧٦]: «إذا ثبـت هذا، فمن باع مرابحةً، فإنّه يحسـب في أصـل الثّمن ويحسـب لـه الرّبـح كلّ ما له تأثيـرٌ في العيـن: مثل الخياطـة والقصارة والصّبـغ والطّراز، وشـبه ذلـك ممّا له عينٌ قائمـةٌ؛ لأنّه لا فرق بين مـا زاد وبين أصل الشّيء المشتريٰ إذا كانت له أعيانٌ قائمةٌ.

قال الأبهري رضي الله عنه: فكأنّها سلعةٌ ضُمَّت إلىٰ سلعةٍ».



فيمن ذكر أنّه غلط في ثمن سلعةٍ باعها مرابحةً

[٢٧٨] – (ومن باع سلعةً مرابحةً، ثمّ ذكر أنّ ثمنها أقلّ ممّا ذكره أوّلاً، وأنّه غلط في ذلك، ولم يرض بالرّبح الأول:

فإن تراضيا هو والمشتري علىٰ شيءٍ جاز، وَإِلّا فسخ البيع، إلّا أن تفوت السّلعة في يد مشتريها، فتلزمه قيمتها ما لم تنقص من رأس ماله الذي رجع إليه، والرّبح علىٰ حسابه ما لم يزد علىٰ الثّمن الذي وافقه عليه أولاً.

وإن ذكر أنّ ثمنها أكثر مما أخبره به أوّلاً، لم يُقبَل قوله في ذلك إلّا ببيِّنة.

فإن قامت له علىٰ ذلك بيّنةٌ والسلعة قائمةٌ: فإن تراضيا هو والمشتري علىٰ شيءٍ جاز، وَإِلّا فسخ البيع.

فإن فاتت السّلعة في يد مشتريها، ضمن قيمتها، ما لم تزد علىٰ الثمن الذي أخبره به ثانيًا، وربحه بحسابه، ما لم ينقص عن الثّمن الذي أخبره أوّلاً، وربحه بحسابه).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٨٣]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما خيّر البائع في الفوات بين أن يأخذ ربحها علىٰ ما ذكر من رأس المال، أو قيمتها يوم قبضها؛ لأنّه يقول: أنا لو علمت أنّ شراءَها بهذا الرّخص لم أبعها بهذا الثمن، ولم أرض بهذا الربح ولبعتها بربحٍ أكثر منه، فكان لقوله هذا وجهٌ، إلّا أن تكون القيمة أقلّ من رأس ماله وربحه الذي باع به، فلا ينقص منه؛ لأنّه إنّما جاء يطلب الفضل لا النّقصان».

[٢٧٩] – (قال مالكٌ رضي الله عنه: ومن كذب في المرابحة متعمّداً، فإنّه يؤدّب ويُردُّ البيع إن أُدْرِكَ، وتُردّ السّلعة إلىٰ القيمة إن فاتت).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٨٦]: «قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ البائع فعل ما قد نهي عنه، فوجب أن يعاقب ويردّ بيعه عقوبةً له؛ لئلا يعود لمثله».

كتاب الإجارة والجعل

باب إجارة الدّور والأرضين

[٢٨٠] – (ولا بأس بإجارة الدّور والأرضين والحوانيت والرقيق والعروض).

قـال فـي شـرح التفريـع [٨/ ١٨٨]: «والأصل فـي جواز الإجـارة: الكتاب والسـنّة والإجماع...

قـال الأبهـري رضي الله عنه: ولأنّ بالنّـاس حاجةً إلىٰ مُلكِ المنافـع، كحاجتهم إلىٰ تملّك الأعيان».

حكم الاستئجار مشاهرةً

[٢٨١]– (ولا بـأس بإجـارة الـدّور والأرضيـن والحوانيـت مشـاهرةً، وإن لم يقدّر للإجارة مدّةً معلومةً، ولا بأس بإجارتها مدّةً معلومةً.

ومن اسـتأجر مشـاهرةً، فله أن يَخْرُجَ متىٰ شـاء، ويلزمه من الكراء بقدر ما مضىٰ من المدّة، ولربّ العقار أن يخرجه متىٰ شاء، ولا يلزمه كراء الشّهر كلّه.

وقال عبد الملك: يلزمه في المشاهرة كراء شهرٍ واحدٍ).

قـال في شـرح التفريـع [٨/ ١٩١]: «إذا ثبت هذا ووقع العقد علىٰ هـذا، فلكلّ واحدٍ منهما أن يترك متىٰ شاء.

وقال عبد الملك: يلزمه في المشاهرة كراء شهرٍ واحدٍ، وفي المساناة كراء سنةٍ واحدةٍ.

فوجه الأول: هو أنَّ العقدة لم يقع علىٰ شهرٍ كاملٍ، وإنّما وقع علىٰ حساب الشّهر فلم يلزم سُكنىٰ ما لم يقع العقد عليه.

قال الأبهري: لأنّ هذا لم يكتر شهراً بعينه، وإنّما اكترىٰ علىٰ حساب الشّهر بدينارٍ، فله أن يخرج قبل أن ينقضي الشّهر إن شاء، وللمكري أن يخرجه قبل أن ينقضي الشّهر إن شاء».

أقسام الإجارة

[٢٨٢]– (ومن استأجر شيئـاً بعينه بنقدٍ أو نسيئةٍ، فلا بأس به).

قال في شـرح التفريع [٨/ ١٩٤]: «اعلم أنّ الإجارة تنقسـم قسمين: إجارةٌ علىٰ عينٍ معيّنـةٍ، وإجارةٌ علىٰ شـيءٍ يتعلّق بالذمّـة، وكلّ ذلك جائزٌ؛ لأنّ العيـن لمّا كان له بيع ذاتها، كان له بيع منافعها.

قـال الأبهـري رضي الله عنه: ولأنّ هـذا بمنزلة من باع عبداً بثمنٍ إلىٰ سـنةٍ، فلا بأس بذلك؛ لأنّ أحد طرفي البيع والإجارة عينٌ والآخر دَينٌ، فيجوز ذلك.

والّـذي لا يجـوز، أن يكون طرفي البيـع أو الإجارة جميعـاً دَينـاً، فـإذا كان جميعـاً أو أحدهما نقداً، جاز ذلك في البيع والإجارة؛ لخروجه عن الدَّينِ بالدَّينِ المنهيّ عنه.

وكذلك لمّا كان له بيع شـيءٍ من الأعيان في ذمَّة البائع - أعني: السّـلم - فكذلك بيع المنافـع المعلّقة بالذمَّة؛ لأنّ الإجارة معاوضـةٌ علىٰ المنافع، كما أنّ الأثمان معاوضةٌ علىٰ الذّوات».

وقال أيضـاً في [٨/ ١٩٥]: «وأمّا المضمون في الذِّمَّة، فهو أن يستأجر منه دابّةً ليركبها، إمّا إلىٰ موضعٍ، وإمّا إلىٰ أجلٍ بعينه، فهو جائزٌ لمّا قدّمناه.

وإنّما اشترطنا النّقد في المضمون؛ لأنّ تأخير النّقد يدخله الدَّين بالدَّين.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ الكراء دَينٌ، والرّكوب مثله؛ وذلك غير جائزٍ، كما لا يجوز ذلك في السّلَمِ».

موت أحد متعاقدي الإجارة.

[٢٨٣] - (ولا تبطل الإجارة بموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين المستأجرة).

قال في شـرح التفريـع [٨/ ١٩٦]: «قال الأبهـري: ولأنّ عقد الإجـارة قد ثبت ولزم المتعاقديـن إذا كان صحيحـاً، وليس لأحدهما أن يرجـع فيه ولا لهما جميعـاً، إلّا أن يتراضيا علىٰ فسخه، كما لا يجوز لهما ذلك في عقد البيع، وإذا كان كذلك، فمن مات منهمـا كان عقد الإجارة بحالـه، يقوم ورثته مقامه، كما يكون ذلك في عقد البيع؛ لأنّ الإجـارة هي بيع منافـعٍ أباح الله عزّ وجلّ بيعها كما أباح بيـع الأعيان، وليس ينتقض بيـع المنافع بموت أحد المتعاقدين للإجارة قبل مضيّ مدّتها وقبض المنافع، كما لا ينتقض البيع إذا مات أحد المتعاقدين، بل الورثة يقومون مقام الموروث، فكذلك في الإجارة، والله أعلم».

[٢٨٤]- (ومن اكترىٰ داراً، فلا بأس أن يُكريَهَا من غيره، بمثل أجرتها أو أقلّ من ذلك أو أكثر).

قال في شرح التفريع [٨/ ١٩٧]: «قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ له أن يقيم غيره مقامه فيما اكتراه، إذا كان مثله في الحال والأمانة؛ لأنّ المنفعة ملكه، فله أن يبيعها ويهبها لغيره.

وإذا فعل ما له أن يفعل فتلفت الدّابة، فلا شيء عليه، كما أنه لو ركبها فتلفت من غير صنعه، لم يكن عليه شيءٌ».

الاستئجار علىٰ تعليم القرآن وعلاج الطّبيب

[٢٨٥]- (ولا بأس بتعليم القرآن علىٰ الحذّاق، ومعالجة الطّبيب علىٰ البرءِ.

وقد قيل: لا يجوز ذلك إلّا إلىٰ مدّةٍ معلومةٍ، مشاهرة أو غيرها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٠٣]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما أجاز مشارطة الطّبيب علىٰ البرءِ؛ للضّرورة إليه؛ لأنّه لا بدّ للنّاس من التداوي في المرض، هذا هو الغالب من أمر النّاس دون النّادر منهم، فكانت بهم حاجةٌ إلىٰ مشارطة الطّبيب علىٰ البرء من غير أن يضرب لذلك أجلاً؛ لأنّ ضرب الأجل في ذلك لا يفيد شيئاً؛ لأنّه لا يدري هل يبرأ أم لا، فجاز لهذه العلّة أن يشارطه علىٰ البرءِ؛ للحاجة».

وقال أيضاً: «قال الأبهري رضي الله عنه: فإن مات العليل قبل البرء، فلا شيء للطّبيب من الأجرة؛ لأنّه إنّما يستحقّها بمجيء الصّفة، وهو برء العليل، كما لو أخذ العبد، ثمّ مات في الطّريق قبل أن يصل به إلىٰ سيّده، فلا شيء له».

ضمان الرّاعي للغنم

[٢٨٦]- (ولا ضمان علىٰ الرّاعي فيما هلك من الغنم، والقول في هلاكها قوله مع يمينه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢١٠]: «وإنّما قال ذلك؛ لأنّه أمينٌ، كالوكيل.

قـال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ الرّاعي لا يغيب علىٰ ما يرعاه من الغنم كما يغيب الصانع علىٰ ما يعمله من الشّيء الذي يأخذه».

وقال أيضـًا في [٨/ ٢١٢]: «قال ابن القاسـم رضي الله عنه: وإذا شُـرِطَ علىٰ الرّاعي الضّمان، فسدت الإجارة، وله أجر مثله.

قال البغداديون من أصحابنا: لأنّه شرطٌ ينافي أصل الحكم، فلم يصحّ، أصله إذا شرط في الوضيعة أن تُضمن، أو في النّكاح أن لا يطأ، أو في الملك ألّا يتصرف.

قال الأبهري: وإنّما كان له أجر مثله؛ لأنّ الإجارة فاسـدةٌ؛ للشّـرط الذي فيها، كالبيع الفاسد، فإنّه يردّ إلىٰ قيمة المشتَرىٰ، لا إلىٰ الثّمن المسمّىٰ».

الراعي يذبح شاةً من الغنم مدّعيـًا خوفه عليها

[٢٨٧] – (فإن ذبح شاةً من الغنم وادّعىٰ أنه خاف الموت عليها، ففيها روايتان: إحداهما: أنّه ضامنٌ، والرّواية الأخرىٰ: أنّه لا ضمان عليه.

ولو أكلها وادّعىٰ خوف الموت عليها، ضمنها روايةً واحدةً).

قال في شـرح التفريـع [٨/ ٢١٣]: «قال الأبهري رضي الله عنـه: لأنّه يُتّهم أن يكون نحرها ليأكلها، وادّعىٰ خيفة الموت عليها».

[٢٨٨] – (ومن اسـتؤجر علىٰ رعاية غنمٍ بأعيانها مـدّةً معلومةً، فهلكت قبل تمامها، فلـه الأجـرة كلّها، ولربِّ الغنم أن يسـتعمله في رعاية غيرها، وقال أشـهب: تنفسـخ الإجارة).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٢١٤]: «قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّه قد لزمته إجارته شهراً بعينه، فعليه أن يستعمله في مثل ذلك العمل أو ما قاربه؛ من قِبَلِ أن إجارة الشّهر قـد لزمته بالعقد، فليس لأحدهما الرّجوع عنها، كمـا ليس لهما ذلك في البيع، إلّا أن يتراضيا علىٰ فسخها فيجوز ذلك».

[٢٨٩] – (ومن استأجر سفينةً علىٰ حمل طعامٍ، فغرقت في بعض المسافة، فلا أجرة له.

ولا ضمـان علـىٰ صاحـب السّـفينة إذا لم يتعـدَّ ولم يفـرّط، وقد قيل: لـه من الأجرة بحساب ما مضىٰ من المسافة)

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٢٠]: «وأمّا الأجرة فاختلف فيها....

فوجـه قـول مالكٍ: هو أنّ الإجارة في السـفر جاريـةٌ مجرىٰ الجعل، فـإذا لم يحصل الغرض المطلوب، لم تستحقّ الأجرة.

قـال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّ حمل هؤلاء بشـريطه البلاغ، فمتىٰ لم يبلغ الطّعام إلىٰ صاحبه، لم تحصل له المنفعة التي عاوض عليها، فلم تلزمه الأجرة لذلك، كالعبد إذا تلف قبل وصوله إلىٰ مالكه، لم يكن للمجعول له الجعل».

[٢٩٠] – (قال مالكٌ رضي الله عنه: ومن تكارىٰ دليلاً فأخطأ الطّريق، فله الكراء إذا كان عالمـًا، وإن كان جاهلاً فلا شيء له)

قال في شـرح التفريع [٨/ ٢٢٠]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ الدّليل إنّما يجتهد في الدّلالة علىٰ الطريق، فإذا أخطأها كان معذوراً.

ولـه الكراء؛ لأنّ أصل دخوله هو علىٰ الاجتهاد، فكان كالحاكم إذا اجتهد وأخطأ فلا شيء عليه، فأما إذا كان جاهلاً فلا أجرة له؛ لأنّه متعدٍّ غارٌّ لمن أكراه».

بيع الكراء

[٢٩١] – (قـال مالـكٌ رضي الله عنه: ومن سـاقىٰ حائطـًا، ثمّ باعـه، فالبيع ماضٍ، والسقاء ثابتٌ لا ينقضه البيع).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٢٢٣]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ عقد السّـقاء لازمٌ كعقد الإجارة، فإذا باع الحائط فالسّـقاء فيه ثابتٌ بعد البيع، كما لو باع أرضـًا أو داراً بعد أن أكراها، كان الكراء ثابتـًا والبيع جائزٌ؛ لأنّ الكراء والسّقاء حقٌّ ثبت لغير البائع في ملك الّذي باع، فلا يجوز أن يبطله ببيعه».



فيمن استؤجر علىٰ حمل متاعٍ فسقط منه

[٢٩٢]- (ومن استؤجر علىٰ حمل متاعٍ وسقط منه فانكسر، فلا ضمان عليه، ولا أجرة له.

ولو سقط من يده شيءٌ فكسره، ضمنه وغرم قيمته).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٢٣]: «قال الأبهري: لأنّه ليس بمتعدٍّ في إتلافه ولا مفرّطٍ ولا صنع له فيه، فلا ضمان عليه، إلّا أن يكون حمل فوق طاقته، أو علىٰ غير الصّفة التي يحمل عليها، أو كان شأنه العثار، فيضمن.

قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما لم تكن له أجرةٌ؛ لأنّه لم تحصل للمستأجر منفعةٌ بالحمل.

ولو سقط من يده شيءٌ عليه فكسره ضمنه؛ لأنّ الخطأ والعمد في أموال النّاس سواءٌ، وإذا ضمنه غرم قيمته».

الكراء للحجّ

[٢٩٣]- (ومن تكارىٰ إلىٰ الحجّ فأخلفه الكريُّ حتّىٰ فات الوقت، انفسخ الكراء.

وإن اكترىٰ إلىٰ غير الحجّ واشترط المسير في وقتٍ فأخلفه الكريُّ، فله حمولته، ولا ينفسخ كراؤه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٢٥]: «قال الأبهري: لأنّه لا يتهيأ له الخروج إلىٰ الحجّ في غير أوانه.

ولأنّه إذا فات وقته فقد زال غرضه في الكراء، فوجب فسخ ذلك علىٰ المكري؛ لأنّه متعدٍّ بتأخيره عن المكتري.

فإن لم يكن له مالٌ، لم يتكارَ عليه؛ لأنّه لا يحصل لمن تكارىٰ منه عوض ما يكتري منه.

قال الأبهري: ولأنّ في الكراء عليه إذا لم يكن له مالٌ تغريرٌ لحقّ غيره - وهو المكري

- وذلـك غير جائزٍ؛ لأنّه لا فضل بين حفظ مال الأوّل والثّاني؛ لاسـتواء حرمتهما في ذلك».

وقـال أيضـاً: «والكراء في غير الحـجّ بخلاف ذلك؛ لأنّ العـادة لا تخصّه بزمانٍ، فلا ينفسخ العقد، وتكون الحمولة له أيّ وقتٍ وجده.

قال الأبهري: لأنّ غرضه في كلّ الأوقات موجودٌ، من تجارةٍ أو ركوبٍ».

في العبد والصبيّ يهلكان في عملٍ خطرٍ

[٢٩٤]- (ومن استعان عبداً في عملٍ بغير إذن سيّده فعطب فيه لزمه ضمانه.

وكذلك من اسـتعان صبيًّا في شـيءٍ من الخطر فعطب فيه، لزمه ضمان ديته، وحملها عنه عاقِلَتُهُ).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٢٢٨]: «اعلم أنّ من اسـتعان عبداً بغير إذن سيده أو صبيًّا بغيـر إذن وليـه فعطب فيه، نُظِر: فإن كان ذلك ممّـا لا يعطب في مثله ولا يلحقه ضررٌ بالاستعانة فيه، فلا ضمان فيما كان عنه...

قال الأبهري: لأنّه يعلم في الأغلب أنّ تلفه ليس منه، فهو غير متعدٍّ بالاسـتعانة؛ إذ لا ضرر علىٰ سيده في ذلك، ولا أجرة فيه مع السّلامة».

وقـال أيضـاً: «وإن كان ذلك ممّا فيه تلفٌ وخطـرٌ، وتطلب الأجرة في مثله، فهو متعدٍّ لذلك.......

فعليه قيمة العبد لسيّده في ماله، ودية الصّبيّ علىٰ عاقلته.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّه سـبب تلفه بغير قصـدٍ له، فهو كقاتل خطأٍ، فوجبت ديته علىٰ عاقلته».

[٢٩٥]- (قال مالكٌ رضي الله عنه: ومن خرج مع رجلٍ في سفرٍ، فأعانه في تجارته، أو أقام معه في الحضر في حصاده أو جذاذه، ثمّ طلب منه الأجرة:

فإن كان مثله يطلُبُ ذلك، أُعطِيَ أجرته.

وإن كان إنّما عمل ليدٍ كانت له عليه فكافأه عليها، فلا أجرة له).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٢٣٠]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ الـذي عمـل إذا كان مثلـه يطلب الأجـرة في الأغلب، فقـد عُلِم أنّه لم يـرد أن يتطوّع بعملـه، وإنّمـا أراد العوض علىٰ ذلـك، فوجب له أجر مثله؛ لأنّ المعمـول له لمّا رآه يعمل فسـكت عنه، فقد رضي أن يعمل له، وعليه أجرة العمل؛ لأنّ الذي عمل يقول: عملت للعوضُ، فالقول قوله إذا كان ذلك حاله.

وكذلك الذي يأتي بالعبد الآبق والبعير الشّـارد، له الأجرة إن أراد صاحبه أخذه، وإن لـم يـرد أخذه كان للّذي أتىٰ به؛ لأنّ الآتي به قـد فعل ما علىٰ صاحب الآبق أن يفعله، ولو امتنع من فعله كان سفيهـًا مع قدرته علىٰ ذلك.

وكذلك المحصود له، لو امتنع من فعله مع قدرته علىٰ ذلك، لكان سفيهـًا.

ولـو أنّ رجلاً رأىٰ مـال رجل يَهلك أو يحتـرق، فأنفق علىٰ خلاصـه، لوجب دفع ما خلّصـه به إليه، ولـم يكن له أن يقول: «كان يجب أن تترك مالي حتىٰ يهلك»، ولو قال ذلك لكان سفيهـًا.

وكذلـك لـو كفَّن وليّـًا له، لكان عليه أن يُدْفَعَ له من تركه ما كفّنه به، وليس يجوز له أن يمتنع منه، والله أعلم».

باب في الجعل

[٢٩٦] – (ولا بأس بالجعل في العبد الآبق والبعير الشّارد والمتاع الضّائع).

قال في شـرح التفريـع [٨/ ٢٣٣]: «قال الأبهـري رضي الله عنه: ولمّـا كان بالنّاس حاجـةٌ إلىٰ التّصرف في معايشـهم من التّجارات والأعمـال، أباح الله عزّ وجلّ البيع والشّـراء، الذي هو بيع أعيان الأشـياء، وأباح الإجارة والجعـل، الّذين هما بيع منافع الأشياء.

فأجاز الإجارة بقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[الطلاق:٦]، وبقوله تعالىٰ: ﴿إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾[القصص:٢٧] الآيـة، فجعل شعيبٌ ﷺ صداق ابنته عمل موسىٰ عليه السّلام ثماني سنين.

ولا خلاف بين أهل العلم في إجازة الإجارة والجعل: إذا كانت الأجرة معلومةً في الجميع، والعمل معلومٌ في الإجارة:

- إمّا أن يكون معلومـًا بعينه محدوداً، وذلك كخياطة ثوبٍ معروفٍ بدرهمٍ أو ما أشبه ذلك ممّا العمل فيه معلومٌ والأجل غير معلومٍ أو يكون الأجل معلومـًا.

- وإن كان العمل غير محدودٍ، وذلك كاكتراء العبد سنةً أو شهراً للخدمة، فمدّة الخدمة معلومةٌ، والخدمة غير معلومةٍ.

فأمّا مدّة الجعل فليست معلومةً؛ من قِبَل أنّه لا يدري متىٰ يأتي بعبده الآبق أو بعيره الشّارد، إذ قد تطول مدّة مجيئه وتقصر، غير أنّ ذلك جُوِّزَ لحاجة النّاس إليه؛ إذ قد أُمِروا بحفظ أموالهم وطلبها إذا ضاعت، ونهوا عن تضييعها.

فاجتمع الجعل والإجارة: في أنّ الأجرة فيهما معلومةٌ، واختلفا في العمل، فيجب أن يكون في الإجارة بعينه، أو معلّقـًا بمدّةٍ معلومةٍ، والجعل يعمل فيه غير محدودٍ إذ لا يمكن ضبطه علىٰ ما ذكرنا.

وتفترق الإجارة والجعل أيضـًا؛ لأنّ عقد الإجارة عقدٌ لازمٌ، وليس كذلك الجعل؛ لأنّ لكلّ واحدٍ منهما أن يرجع فيه قبل حصول العمل.

فهذه جملة الإجارة والجعل، والله أعلم».

الغرر في الجعالة

[٢٩٧]- (قال مالكٌ رضي الله عنه: ولا خير في أن يقول: «بع لي ثوبي، ولك في كلّ عشرة دراهم درهمٌ»).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٣٦]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قال ذلك لأنّ مقدار الجعل هاهنا مجهولٌ؛ لأنّه لا يدري بكم يبيع الثّوب، وكم يكون عُشر الثّمن الذي هو الجعل، ولا يجوز أن تكون الأجرة في الجعل مجهولةً، وكذلك في الإجارة علىٰ ما ذكرنا؛ لأنّه لا بدّ أن يكون أحد الطّرفين معلومـًا في الجعل، أعني: الأجرة فيه؛ لأنّه لا ضرورة في كونه مجهولاً كالضّرورة إلىٰ كون العمل فيه مجهولاً، وفي الإجارة

يجب أن تكون الأجرة فيه معلومةً والعمل كذلك، إمّا معروفًا بعينه، أو مضبوطًا بمدّة».

[٢٩٨]– (قال مالكٌ رضي الله عنه: ولا خير في أن يقول: بع لي هذا الثّوب بدينارٍ، ولك ما زاد).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٣٦]: «قال الأبهري رضي الله عنه: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ ما زاد على الدّينار مجهولٌ؛ ولا يجوز أن تكون الأجرة مجهولةً.

وقد لا يزيد على الدّينار شيءٌ؛ وذلك غررٌ أيضًا».

الجعل على العبد الآبق

[٢٩٩]– (ومن قال: «من جاءني بعبدي الآبق، فله نصفه»، لم يجز ذلك، فإن جاء به، كان له أجر مثله)

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٣٧]: «قال الأبهري رضي الله عنه: ولأنّه لا يدري كم قيمة العبد، ولا يعرف صفته.

ألا ترى: أنّه لا يجوز بيع العبد ولا بيع نصفه. وما لا يجوز بيعه، لا يجوز أن يكون أجرةً في الإجارات ولا جعلاً في الجعالة.

فإن عمل على ذلك وأتى به، كان له أجر مثله، وإن لم يأت به، فلا جعل له».

[٣٠٠]– (ولا بأس بحصاد الزّرع وجذاذ النّخل بنصفه، ولا يجوز حصاد يومٍ واحدٍ ولا جذاذه على نصف ما يجذّه أو يحصده فيه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٣٨]: «اعلم أنّه يجوز حصاد الزّرع وجذاذ النّخل بنصف ما يجذّه أو يحصده؛ لأنّه مرئيٌّ مشاهدٌ، وهو كبيع نصفه.

قال الأبهري رضي الله عنه: لأنّ ذلك معلومٌ.

وهذا إذا كان الجاعل والمجعول له قد عرفا الزّرع بالصّفة أو الرّؤية، وإن لم يعرفا ذلك لم يجز، كما لا يجوز في البيع.

وفي المسألة نظرٌ، والقياس أن لا يجوز ذلك؛ لأنّ مقدار ما يحصده غير معلومٍ، وكذلك نصفه، فلا يجب أن يكون أجرةً في الجعل؛ لأنّه مجهولٌ».

وقال أيضاً: «ولا يجوز أن يقول له: جُذَّ اليوم أو احصد، فما جذذت أو حصدت فلك نصفه.

قال الأبهري؛ لأنّ مقدار ما يحصده إلىٰ اللّيل مجهولٌ، ولا يجوز أن تكون أجرة الجعل مجهولةً.

وكذلك لا يدري مقدار ما يجذُّ من النّخل في اليوم، فلا يجوز أن يجعل ذلك أجرةً ولا جعلاً؛ لأنّ ذلك من معنىٰ بيع مجهول، وقد نهىٰ النّبيّ ﷺ عن بيع الغرر، وكذلك المجهول مثله.

ولأنّه لو قال له: «أبيعك ما تجذّ اليوم أو تحصد اليوم»، لم يجز، فإذا لم يجز أن يبيعه، لم يجز أن يستأجر به ولا يجعله جعلاً؛ لأنّ الجعل لا يكون مؤقّتاً، إلّا أن يقول له: «متىٰ شئت تركت»، فيجوز».

نفض الزيتون علىٰ جزءٍ ممّا يسقط منه

[٣٠١] – (ولا يجوز نفض الزّيتون بنصف ما يسقط منه، ولا بأس بنفضه ولقطه كلّه بنصفه أو ثلثه أو غير ذلك من أجزائه)

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٣٩]: «قال الأبهري: لأنّه يقلّ إذا كان يابساً ويكثر إذا كان ليّناً، وذلك غررٌ ومجهولٌ، ولا يجوز أن تكون أجرة الجعل والإجارة مجهولاً ولا غرراً.

ولو قال له: «انفضه كله ولك نصفه»، جاز؛ لأنّه معلومٌ.

ألا ترىٰ: أنّه يجوز بيع نصفه».

الجعالة علىٰ استخراج المياه

[٣٠٢] – (ولا بأس باستخراج المياه من الآبار والعيون علىٰ صفةٍ معلومةٍ بأجرةٍ معلومةٍ، إذا عَرَفَ الأجير والمستأجر قرب الماء وبعده، وشدّة الأرض ولينها)

قـال فـي شـرح التفريـع [٨/ ٢٣٩]: «قال الأبهـري: وإنّما جـاز ذلك؛ لأنّ هـذا كلّه معروفٌ، أعني: مقدار العمل إذا كانت الأرض معروفـًا شدّتها من لينها.

وإن كانت غير معروفةٍ لم يجز؛ لأنّ العمل مجهولٌ، وليس يجوز أن يكون مجهولاً في الجعـل والإجـارة إذا كان يقدر علىٰ ضبطه بعينه أو بمدّةٍ معلومةٍ، فأمّا ما لا يُقدر علىٰ ضبطه بمدّةٍ أو بعملٍ، فإنّ الجعل يجوز فيه للضّرورة إليه».

كتاب الشركة

[٣٠٣] - (ولا بأس بالشّركة في الأموال كلّها، من: الذّهب والورق والعروض).

قـال فـي شـرح التفريـع [٨/ ٢٤١]: «والأصل في جـواز الشّـركة، الكتاب والسّـنّة والإجماع.

أمّا الكتاب فقوله تعالىٰ: ﴿فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ﴾ [الكهف:١٩].

قال الأبهري: فقد اشتركوا في الطّعام والورق».

التّفاضل والتّماثل في مال الشريكين

[٣٠٤] - (ولا يجوز أن يكون مال الشّـريكين متفاضلاً والرّبح متماثلاً، ولا أن يكون المال متماثلاً والرّبح متفاضلاً، وإنّما الرّبح علىٰ قدر المال، وكذلك العمل في المال علىٰ قدره، يعمل كلّ واحدٍ من الشّريكين في المال بقدر ماله).

قـال في شـرح التفريع [٨/ ٢٤٦]: «وإنّمـا لم يجز أن يكون مال الشّـريكين متفاضلاً والرّبح متماثلاً؛ لأنّ اشـتراط أحدهما علىٰ الآخر أكثر ممّا ينوبه من العمل اسـتئجارٌ من الآخر له بفضل ربح ماله، وذلك غررٌ.

قـال الأبهري: فـإن تبرّع أحدهما علىٰ صاحبـه بزيادة ربحٍ أو عملٍ من غير شـرطٍ في الأصل جاز، إلّا أن يُخَاف منه أن يكون إنّما شارك صاحبه ليزيده من أجل الشّركة في الرّبح فلا يجوز ذلك؛ لأنّه يصير قرضـًا جرّ منفعةً.

قال الأبهري: فإن عملوا في المال مع الشّـرط، كانت شـركةً فاسدةً، وكان لكلّ واحدٍ

مـن الرّبـح علىٰ حسـب ماله، وكانت له الأجـرة علىٰ صاحبه فيما عمـل ممّا زاد علىٰ ماله».

في اختلاف مال الشريكين

[٣٠٥] – (ولا يجـوز عند مالـكٍ رحمه الله أن يخرج أحدهما ذهبـًا والآخر ورِقـًا، وقال أشهب: لا بأس به)

قال في شـرح التفريـع [٨/ ٢٤٧]: «اختُلِف عن مالكٍ في الشـريكين يخرج أحدهما ذهبًا والآخر ورقًا، هل يجوز ذلك أم لا؟

فقال مالكٌ مرّةً: لا يجوز؛ لأنّه صرفٌ مستأخرٌ.

قـال الأبهـري: «وليـس يجوز فـي بيع الذّهـب بالفضّـة أن يتأخر القبض عـن العقد؛ لأنّ حقيقـة الشّـركة أن يبيع كلّ واحدٍ من الشّـريكين بعض مالـه ببعض مال صاحبه، فـكأنّ هذا قد باع بعض ذهبه ببعض دراهم صاحبـه، ثمّ لم يتقابضا في الحال؛ لأنّهما يتفاضلان بعد العقد بمدّةٍ تتأخّر عنه، وذلك غير جائزٍ في الصّرف.

فإن عملا، فلكلّ واحدٍ مثل رأس ماله، ويقتسمان الرّبح لكل عشرة دنانير دينارٌ، ولكل عشرة دراهم درهم؛ وكذلك الوضيعة».

وقال أيضـًا: «وأجاز مالكٌ في كتاب ابن المواز الشّـركة بالدّنانير والدّراهم، يريد: إذا تناجـزا بالحضرة، فأخـذ مُخرِجُ الدّنانير الدّراهم وأخذ مُخـرج الدّراهم الدّنانير؛ لأنّ هذه مصارفة صحّت.

قال الأبهري: إذ التقابض قد وقع في الحال، ثمّ عُقِدَت الشرّكة بعده فجاز».

شركة الأبدان

[٣٠٦] – (ولا بـأس بشـركة الأبدان، مثـل: الخيّاطين والحدّاديـن والقصّارين وغير ذلك من الصّنائع).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٢٥٥]: «اعلم أنّ شـركة الأبدان جائزةٌ، والأصل في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾[الأنفال: ٤١].

قـال الأبهـري: ولأنّ بالنّـاس ضـرورةً إلىٰ الاشـتراك بالبـدن في الأعمـال، فجاز أن يشـتركوا فيهـا ويتعاونوا بالأبدان والاشـتراك فيهـا، كما جاز ذلك في اشـتراكهم في الأمـوال؛ لأنّ المال يتبـع البدن، وبالبدن يتصـرّف في المال وتكون زيـادة المال به، فالبدن أصلٌ والمال تابعٌ له.

قال الأبهري: وقد جعل الله عزّ وجلّ الغنيمة بين الغانمين، وإنّما يأخذون ذلك يعمل أبدانهـم وتعاونهم علىٰ ذلك دون أن يكون لهم مالٌ اشـتركوا فيـه، فصار ذلك يجوِّزُ شركة الأبدان في كلّ فعلٍ يجوز؛ كما جاز ذلك في الجهاد، والله أعلم».

وقال أيضـًا: «وإنّما تجوز شركة الأبدان بشروطٍ، وهي:

أن تكـون الصّنعـة واحدةً، ويكونا في السّـرعة والإبطاء واحداً أو بينهما فضلٌ يسـيرٌ، ويعملان في موضعٍ واحدٍ، وتكون الآلة التي يعملان بها بينهما.

قـال الأبهري رضي الله عنه: وإذا كان العمل جنسـًا واحـداً وفضل أحدهما صاحبه بالعمل، جاز ذلك وكانت الأجرة علىٰ قدر أعمالهما.

وذلك بمنزلة أن يكون أحدهما أكثر مالاً من الآخر، فيكون ربحه علىٰ قدر ماله.

فإن اشـترط أحدهما زيادةً في الرّبح علىٰ ماله أو زيادةً في الأجرة علىٰ عمله، فسـدت الشّركة بينهما.

ولا يصحّ أن يشتركا وأحدهما صبّاغٌ والآخر طرّاز؛ لأنّه لا يصح منهما معاونةٌ.

وكذلـك إذا كانت الصّنعة واحـدةً، وكانا يعملان في موضعين مفترقين لم يجز، إذ قد يعمل أحدهما دون الآخر».

كتاب القراض

[٣٠٧]- (والقـراض جائـزٌ، وهو المضاربـة، وهو: أن يدفع الرّجـل المال إلىٰ غيره ليبيع به ويشتري ويبتغي من فضل الله عزّ وجلّ، ويكون الرّبح بينهما علىٰ جزءٍ يتّفقان عليه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٦٢]: «اعمل أنّ القراض كان في الجاهلية، ثمّ جاء الإسلام فأقرّه وانعقد الإجماع عليه...

قال الأبهري: ولأنّه ليس كلّ أحدٍ يقدر علىٰ التّصرّف بنفسه في ماله، ولا يحسنه، ولذلك يجوز له أن يدفع ذلك إلىٰ غيره بجزءٍ يدفعه له من الرّبح إن كان.

ولم تلزم الأجرة عليه؛ لأنّ ذلك يضرّ به من حيث لم ينتفع بتصرّف العامل فيه.

قال الأبهري: ولا نعلم خلافاً بين العلماء في جوازه علىٰ ما وصفناه».

فسخ القراض

[٣٠٨] - (وإذا تعاقد الرّجلان علىٰ القراض، فلكلّ واحدٍ منهما فسخه بعد عقده إذا لم يشرع العامل في العمل، فإذا شرع فيه، لم يكن لأحدهما فسخه إلّا برضا صاحبه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٦٣]: «اعلم أنّ القراض جعالةٌ، فلا يلزم بالقبض، وكلّ واحدٍ منهما قبل العمل بالخيار.

قال الأبهري: لأنّهما لا ضرر عليهما في ردّه».

وقال أيضاً: «فإذا عمل وأشغل المال، لم يكن لصاحب المال أن يأخذه، ولا للعامل أن يردّه حتىٰ ينضّ.

قال الأبهري: لأنّ علىٰ العامل أن يردّه عيناً كما أخذه؛ لأنّه علىٰ ذلك دخل؛ لأنّ في ردّه عرضاً ضرراً علىٰ ربّه، وفي أخذ ربّ المال العرض من العامل ضررٌ علىٰ العامل؛ لجواز أن يكون فيه فضلٌ يحصل له، فليس لربّ المال أن يأخذه منه حتّىٰ يبيعه ويأخذ ما يصيبه من الرّبح.

وكذلك إن سافر العامل بالمال إلىٰ بلدٍ، لم يكن لربِّ المال أخذه منه بعد أن سافر به؛ لأنّه قد عمل فيه، وعليه في أخذه قبل حصوله منفعة ضررٌ عليه.

وكذلك إذا أشغل بعض المال، كان للعامل أن يتمادىٰ فيه، كما لو أشغل حقّه، ولم يكن لربِّ المال أن ينتزعه منه».



القراض بالدّنانير والدّراهم والحليّ

[٣٠٩] – (ولا يجوز القراض إلّا بالدّنانير والدّراهم. وعنه فيه في النّقار والحليّ روايتان: إحداهما جوازه، والأخرىٰ منعه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٦٦]: «واختلف في القراض بالنّقار علىٰ روايتين: الجواز والمنع.

فوجه الجواز: أنّهما عينان تجب الزّكاة فيهما...

قال الأبهري: ولأنّ النّقر عينٌ وهي أثمانٌ، فجاز القراض بها، كما يجوز بالأثمان من الدّراهم والدّنانير، وهذا القول أقيس.

ووجه المنع: هو أنّ النّقار ليست بأثمان الأشياء، ولا بقيم المتلفات، فأشبهت العروض.

ولأنّ العامل إذا أراد الشّراء بها، احتاج إلىٰ بيعها بالدّنانير والدّراهم ليصحّ له التّبايع بها، كالعروض التي يبيعها ويجعل ثمنها رأس المال».

القراض علىٰ شيءٍ من العروض

[٣١٠] – (ولا يجوز القراض بشيءٍ من العروض كلّها، فإن قارضه بعَرَضٍ، فُسِخَ عقدها قبل فوته، فإن فات بالعمل فيه، فللعامل أجرة مثله فيما ربحه بعد ذلك في ثمنها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٦٧]: «قال الأبهري: وإنّما قال مالكٌ: إنّ القراض لا يجوز بالعروض؛ لأنّ ربّ المال ينتفع ببيع العامل له العروض الذي قارضه بها، فهي زيادةٌ قد ازدادها.

ولأنّه لو جاز ذلك، لكان يؤدّي إلىٰ غررٍ ومخاطرةٍ؛ لأنّه قد يجوز أن يأخذ عرضًا قيمته قليلةٌ، ثمّ يردّه وقيمته كثيرةٌ، أو يأخذه وقيمته كثيرةٌ، ثمّ يردّه وقيمته قليلةٌ، فيكون أحدهما قد أخذ مال صاحبه بغير عوضٍ حصل له، ولا هبةٍ طيّبةٍ بها نفسه، وإنّما دخل علىٰ غررٍ ومخاطرةٍ، وذلك غير جائزٍ.

ومتىٰ وقع ذلك، كان للعامل أجرة المتاع فيما باع، ثمّ يردّ إلىٰ قراض المثل؛ لأنّه وقع علىٰ فسادٍ، وفاسِدُ كلّ أصلٍ إذا وقع يُرَدّ إلىٰ صحيحه».

ضمان القراض

[٣١١]- (ولو شرط ربُّ المال علىٰ العامل الضّمان، كان العقد فاسداً، ورُدّ بعد الفوت إلىٰ قراض المثل دون ما شرطه له).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٦٩]: «قال الأبهري: لأنّ القراض أصله الأمانة، فلا يجوز أن يشترط فيه الضّمان.

كالوديعة، إذ أصلها الأمانة، فلا يجوز فيما اشتراط الضّمان علىٰ المودِع، إلّا أن يتعدَّىٰ المقارض أو المودَعُ فيما دُفِعَ إليه، فيلزمه الضّمان بالتّعدِّي».

وقال أيضاً: «واختلف إذا شرط ربُّ المال علىٰ العامل هل يفسد القراض أم لا، فحكىٰ ابن الجلاب أن القراض فساد، وقال أبو حنيفة: القراض صحيح، والشرط باطل....

قال الأبهري: ومتىٰ شرط فيه الضّمان، فقد خالف الأصل الذي جُعِل عليه القراض، فكان فاسداً.

ورُدّ إلىٰ ربح مثله إن كان العامل قد عمل في المال، كما يجب أن يُردّ البيع الفاسد في القيمة ووجوبها إلىٰ البيع الصحيح، وكذلك الإجارة الفاسدة إلىٰ الإجارة الصحيحة، وكذلك يجب أن يردّ القراض الفاسد في حكم الرّبح إلىٰ القراض الصّحيح، فيقال: كم كان يجب رِبْحُ العامل، لو كان صحيحاً؟، فيجعلان علىٰ ذلك.

وهذا شيءٌ يوقع الفساد في عقد القراض، مثل أن يشترط فيه الضّمان، أو ألّا يشتري إلّا من فلانٍ، أو يشترط فيه الأجل، أو ما أشبهه.

فأمّا إن كان فساده من جهةٍ يشترطها أحدهما دون الآخر كزيادة جزءٍ، مثل أن يشترط أحدهما علىٰ الآخر أن يعطيه شيئاً من عنده، أو يكون له شيءٌ من الرّبح خالصاً دون صاحبه، ولو ردهما واحداً، فإنّ هذا يردّه إلىٰ أجرة المثل لا إلىٰ قراض المثل؛ لدخول



الأجرة فيه، وهي الزّيادة التي يشترطها العامل علىٰ ربِّ المال، وهذا قول ابن القاسم وابن عبد الحكم عن مالكٍ.
وقال ابن الماجشون عن مالكٍ: كلّ قراضٍ فاسدٍ بأيّ وجهٍ كان، فإنّه يُرَدّ إلىٰ قراض المثل.
ووجهه ما ذكرناه.
وكأنّ هذا القول أقيس؛ لأنّ العامل دخل علىٰ أن يأخذ عوضه من الرّبح إن كان، وإن لم يكن، لم يجب له شيءٌ غيره، فلم يجز ردّه إلىٰ الإجارة.
ولأنّ العقد إذا انضم إليه شرطٌ يخالف موجب أصله، وجب فساده، أصله إذا تزوّج امرأةً وشرطت عليه ألّا يطأها».

القراض إلىٰ أجلٍ

[٣١٢]- (ولا يجوز القراض إلىٰ أجلٍ).
قال في شرح التفريع [٨/ ٢٧٢]: «قال الأبهري: ولأنّ القراض عقدٌ غير لازمٍ، فلا يجوز دخول الأجل فيه؛ لأنّ الأجل إنّما يدخل في العقود اللّازمة، مثل البيع والإجارة؛ وليس كذلك القراض، فمتىٰ اشترط فيه الأجل، فسد وردّ إلىٰ قراض المثل؛ لأنّ حكم القراض أن يكون إلىٰ غير أجلٍ؛ لأنّه ليس بعقدٍ لازمٍ، من قِبَل أنّ كلّ واحدٍ منهما لو شاء تركه، جاز له ذلك إذا كان المال ناضّاً، فإذا اشترط الأجل، فكأنّه قد منع نفسه من تركه، وذلك غير جائزٍ، فوجب ردّه إلىٰ قراض مثله؛ من قِبَل أنّه يوجب ردّ كلّ أصلٍ فاسدٍ إلىٰ حكم أصله الصّحيح».

نفقة العامل في القراض

[٣١٣]- (ولا نفقة للعامل إذا كان حاضراً، إلّا أن يكون غريباً أقام في الحضر لأجل المال، فتكون له النّفقة منه، وله النّفقة إذا خرج بالمال مسافراً.
والنّفقة ملغاةٌ من الفضل، ثمّ يقتسمان ما بقي بعد ذلك علىٰ شرطهما، فإن لم يكن في المال ربحٌ وقد خرجت منه نفقةٌ، لم يلزم العامل غرمها لربّ المال).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٧٥]: «قال الأبهري: لأنّها مؤنةٌ كسائر المؤن التي تحسب في أصل المال، ثمّ يعزل بعدها رأس المال، ثمّ يقتسمان الرّبح بعد ذلك؛ لأنّ هذا كلّه وجه القراض وسنّته، وعليه دخلا.

ولأنّا لو ضمنّاها للعامل، لكان ذلك زيادةً من ربِّ المال علىٰ العامل.

ولأنّ العامل لم يدخل علىٰ ذلك.

وإن لم يكن في المال ربحٌ أو كان فيه وضيعةٌ، لم يلزم العامل عزم النّفقة لربِّ المال، وهذه سنّة القراض».

انضمام عقدٍ آخر إلىٰ القراض

[٣١٤]- (ولا يجوز أن يُضَمَّ إلىٰ عقد القراض عقدٌ غيره، من بيعٍ ولا إجارةٍ ولا شيء سوىٰ ذلك من العقود كلّها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٧٥]: «قال الأبهري: ولأنّ القراض أصلٌ جوِّزَ علىٰ انفراده؛ للحاجة إليه، وإن كان فيه غررٌ، فلا يجوز أن يقارنه عقدٌ من العقود التي لا غرر فيها، مثل البيع والإجارة والشّركة، وأشباه ذلك.

قال الأبهري: وإنّما لم يقارن الصّرف عقدُ بيعٍ ولا إجارةٍ ولا غير ذلك من العقود؛ لأنّ الصّرف خُصّ من جملة البيوع بأشياء لم يُخَصّ البيع بها، فوجب إفراده.

وكذلك عقد المساقاة، لمّا كان عقداً مخصوصاً، لم يجز أن يُضمّ إليه عقدٌ غيره.

وكذلك القراض، لا يجوز أن يضمّ إليه عقدٌ غيره من العقود».

اشتراط السّلف مع عقد القراض

[٣١٥]- (ولا يجوز أن يشترط أحدهما علىٰ الآخر: «سَلَفًا يُسْلِفُهُ إيّاه»، فإن فعل فالعقد فاسدٌ، وربح السّلف لمن أخذه منهما).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٧٦]: «قال الأبهري: لأنّ حكم القراض أن لا تكون معه زيادةٌ يشترطها العامل ولا ربّ المال، ينفرد بها أحدهما، إلّا أن تكون زيادة جزءٍ، فلمّا شرط العامل السّلف، فسد القراض، ورُدّ إلىٰ أجرة مثله؛ لدخول حكم الأجرة فيه

وهي الزّيادة، فكان له ربح السّلف؛ لأنّ المال الذي استقرضه هو دَينٌ عليه في ذمَّته، فله ربحه.

واختُلِف: هل يُردُّ إلىٰ قراض المثل أو أجرة المثل.

[٣١٦] – (مسألة: قال مالكٌ: ولا بأس أن يستأجِرَ العَامِلُ في المال، إذا كان كثيراً لا يقوىٰ عليه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٧٧]: «قال الأبهري: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ فعله ذلك صلاحـًا للمال، وله أن يفعل كلّ ما كان فيه صلاحـًا للمال؛ لأنّه لا يقدر أن يباشر ذلك بنفسه، فاحتاج إلىٰ من يعينه فيه، كما يحتاج إلىٰ أن يكتري للمال من يحمله، فكذلك يجوز أن يكتري من يعمل معه فيه.

من غير أن يخرج المال إلىٰ يد غيره؛ لأنّ ربَّ المال إنّما وثق به دون غيره، إلّا أن يأذن له فيه فيجوز».

البيع بالدّين في عقد القراض

[٣١٧] – (ولا يجوز أن يبيع بدَينٍ إلّا بإذن ربِّ المال، فإن باع بدَينٍ بغير إذنه، فهو ضامنٌ).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٧٨]: «قال الأبهري: ولأنّ الأصل في البيع والشّراء النّقد، والنّسيئة فيهما نادرٌ، فإذا ترك العامل الأصل المعهود، فقد خالف وتعدّىٰ، فهو ضامنٌ للمال.

فإذا أذن له ربُّ المال في ذلك جاز؛ لأنّه فعل ذلك بأمره».

اشتراط ربّ المال علىٰ العامل ألّا يشتري سلعةً بعينها

[٣١٨] – (وله أن يشتري ما شاء وما بدا له من السّلع كلّها، ما لم يمنعه ربُّ المال من ذلك.

فإن شَرَطَ عليه ألّا يشتري سلعةً بعينها، لم يجز له شراؤها، فإن فعل ذلك، فربُّ المال بالخيار: بين إجازة شرائه، وبين أن يضمِّنَهُ المال الذي اشتراها به).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٢٧٩]: «قال الأبهـري: وإنّما قال مالكٌ: إنّه يجوز أن ينهاه عن شـراء سـلعةٍ يكرهها؛ لأنّ له في غيرها سعةً ومندوحةً عنها، وليس به ضرورةٌ إلىٰ شرائها، فنهاه عنه، وذلك جائزٌ».

وقال أيضـًا: «فإن منعه ربُّ المال من شراء سلعةٍ بعينها فاشتراها....

قـال الأبهري: لأنّ ربَّ المال يطلب الفضـل في المال الذي دفعه العامل، فإذا خالف غـرض ربِّ المـال فيه، كان مخيراً عليه؛ لأنّه لا يجـوز أن يُبطِل غرض ربِّ المال بما يريـده مـن التّعدي؛ ولذلك جـاز لربِّ المال أن يجيز فعل العامل إن شـاء، وإن شـاء ضمّنه المال لتعدِّيه».

[٣١٩]- (فإن شـرط عليه: ألّا يشـتري إلّا سلعةً بعينها، فلا يجوز ذلك؛ إلّا أن تكون السّلعة مأمونة الوجود، لا تُخْلِف في شتاءٍ ولا صيفٍ).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٨١]: «....... وهذا إذا كانت السلعة قليلة الوجود تخلف، وإن كانت مأمونة الوجود لا تخلف في شتاء ولا صيف جاز ذلك.

قال الأبهري: لأنّه يقدر علىٰ شرائها في كلّ وقتٍ.

وأمّا إذا كانت غير موجودةٍ في كلّ وقتٍ لم يجز؛ لأنّه يؤدّي ذلك إلىٰ منعه من التّصرف في المال بالبيع والشراء؛ لعدم ما يشتريه وهو ما اشترطه؛ لأنّه ينقطع في وقتٍ، وذلك غير جائزٍ.

فإن اشترىٰ غير ما أمر به ضمن، فإن رَبِح، كان علىٰ القراض».

مشاركة العامل بمال القراض لغيره

[٣٢٠]- (ولا يجـوز للعامل أن يشـارك بالمـال أحداً، فإن فعل وتلـف المال في يد الشّريك، فهو له ضامنٌ، وإن سَلِم، فهما علىٰ شرطهما).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٢٨١]: «قال الأبهري: لأنّه لا يجوز للعامل أن يفعل شـيئـًا يُبطـل به غرض ربِّ المال فيما أراده من طلب الفضـل والزّيادة، فمتىٰ فعل ذلك كان بالخيار، في إجازة فعله، أو يضمنّه إلىٰ ربِّ المال.

ولا يجوز للعامل أن يشارك عاملاً آخر لربِّ المال، كما لا يستودع المودَعُ الوديعةَ عند من لربِّها عنده وديعةٌ؛ لأنّ ربَّ المال لم يأذن له في ذلك.

ولو كان بإذن ربِّ المال وكان ما بأيديهما ناضٌّ جميعه، فذلك جائزٌ؛ وَإِلّا لم يجز؛ لأنّ ذلك بمنزلة ما لو دفع إليه مالاً قراضاً فاشترىٰ به سلعةً، ثمّ دفع له مالاً آخر، فإن اشترط أن يخلطه، فلا خير؛ لأنّ ذلك من الزّيادة في القرض؛ لأنّه ربّما كان في الأوّل وضيعةٌ فيجبره بالثّاني».

اختلاط أكثر من مالٍ في قراضٍ واحدٍ

[٣٢١]- (ولا بأس أن يأخذ مالاً من غيره ويخلطه بمالٍ من عنده، ويعمل في المالين، ويكون له الرّبح في ماله، وهو في المال الآخر علىٰ شرطه).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٨٤]: «قال مالكٌ: والنّفقة بينهما علىٰ قدر المالين، والوضعية بينهما علىٰ قدر ذلك.

قال الأبهري: لأنّ المال قد صار شركةً بضمّ العامل ذلك إليه، فوجب أن تكون النّفقة عليهما علىٰ قدر ذلك، وكذلك الرّبح والوضعية، كما يكون ذلك في مال الشّركة».

[٣٢٢]- (مسألةٌ: قال مالكٌ: ولا بأس إذا مر السّائل بالمقارض أن يناوله الكسرة وما أشبهها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٨٩]: «قال الأبهري: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ هذا المقدار لا يؤثر علىٰ ربِّ المال، وهو خفيفٌ، ولا يمكن الإنسان تركه والتّحرز منه، وقد وجد النّبيُّ ﷺ تمرةً فقال: «لَولَا أَنِّي أَخَافُ أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ، لَأَكَلْتُهَا»، فلم يتوقف عن أكلها لأنّها مال غيره؛ لأنّ ذلك لا يؤثر في مال الغير؛ لقلّته».

في موت أحد المتقارضين

[٣٢٣]- (وإذا مات أحد المقارضين، قام ورثته مقامه، وإن لم يكن ورثَةُ العامل أُمَنَاءَ ولم يأتوا بأمينٍ، فلا شيء لهم)

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٩٠]: «قال الأبهري: لأنّه قد وجب لورثة العامل ما كان

وجب لبيهم من حقٍّ، فقاموا مقامه في ذلك، كما يجب لهم القّصاص الذي كان لأبيهم، والردّ بالعيب فيما اشتراه أبوهم إذا لم يوص بترك الردِّ، وكذلك لهم الأخذ بالشّفعة التي كانت لأبيهم، فكذلك القراض لهم ما كان لأبيهم.

فإن لم يكونوا أمناء ولم يقدروا علىٰ العمل: فإن أتوا بأمينٍ، كان ذلك لهم، وَإِلّا قيل لهم: «سلّموا المال إلىٰ ربه ولا ربح لكم»، كالجعل إذا عجز عنه المجعول.

قال الأبهري: لأنّه ليس علىٰ ربِّ المال أن يترك المال علىٰ يد غير أمينٍ، ولا أن يدفع ذلك إليه».

جبر خسارة رأس مال القراض

[٣٢٤] - (ولا يتفاصل المتقارضان علىٰ الربح إلّا بحضرة المال....

مسألة: قال مالك: وإن جاءه بربحٍ، فقال: «هذا ربحك، ورأس مالك عندي وافرٌ»، فلا يجب ذلك حتىٰ يُحضِر المال).

قال في شرح التفريع [٨/ ٢٩٨]: قال الأبهري: وإنّما قال ذلك؛ لجواز أن يكون خسر في المال، ولم يُعلِم ربَّ المال بذلك، فأحبَّ ألّا يظهر ذلك، وإنّما يدفع إليه الرّبح ليترك المال في يده، فلا يجوز له أخذه».

زكاة مال القراض

[٣٢٥] - (ولا يجوز أن يشترط ربُّ المال زكاة المال علىٰ العامل في حصّته....).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٠٠]: «قال الأبهري: لجواز أن تستغرق الزّكاة الرّبح، فلا يحصل العامل علىٰ شيءٍ من الرّبح، وذلك غير جائزٍ؛ لأنّه كأنّه دخل علىٰ غير جزءٍ معلومٍ، ولا يجوز ذلك في القراض.

وكذلك لا يجوز أن يشترط العامل أن تكون زكاة ما يخصّه علىٰ ربّ المال؛ لأنّ ذلك زيادةٌ ازدادها علىٰ ربِّ المال، وقد تحصل أو لا تحصل، وذلك غررٌ».

تحويل الدَّين إلىٰ قراضٍ

[٣٢٦] - (قال مالكٌ: وإذا اختلف المتقارضان في الرّبح، فقال أحدهما أكثر ممّا قال

الآخر، فالقول قول العامل إذا أتىٰ بما لا يُستنكر، فإن جاء بما يُستنكر، رُدّ إلىٰ عمل مثله، والقول قول ربّ المال).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٠٥]: «قال الأبهري: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ العامل أقوىٰ سببًا من ربّ المال لوجهين:

أحدهما: ائتمان ربه له، والآخر: حصول العمل الذي هو سبب الرّبح، فكان القول قوله مع يمينه إذا أتىٰ بما يشبه، فإن لم يأت بما يشبه، كان القول قول ربّ المال إذا أتىٰ بما يشبه مع يمينه؛ لتصديق العرف له.

فإن أتيا جميعًا بما لا يشبه، رُدّ إلىٰ قراض مثله؛ لأنّ أحدهما ليس أولىٰ من الآخر في قبول قوله، فصار كأنه قراضٌ فاسد، فرُدّ إلىٰ قراضٍ صحيح.

فأمّا إذا اختلفا قبل العمل، فالقول قول ربّ المال، وإن شاء العامل عمل ذلك، وإن شاء ترك؛ لأنّ ربَّ المال لو أراد أخذ المال منه قبل العمل، كان ذلك له.

وكذلك القول قوله فيما يذكره من الرّبح؛ إذ لا ضرورة علىٰ العامل في قبول قول ربِّ المال في ذلك، لضرورته عليه في قبول قوله بعد العمل».

في الجارية يشتريها العامل من مال القراض

[٣٢٧]- (وإذا اشترىٰ العامل من القراض جاريةً فوطئها فلم تحمل، فهي علىٰ القراض بينهما، ولا حدَّ عليه في وطئها.

وإن حملت ففيها روايتان: إحداهما: أَنَّهَا تكون أمّ ولدٍ له ويغرَّم قيمتها، والأخرىٰ: أنّ ولدها حرٌّ وهي رقيقٌ تباع في القراض، ولا تكون أمّ ولدٍ لواطئها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٠٦]: «قال الأبهري: وإنّما قال: تؤخذ قيمة الجارية من العامل وتردّ إلىٰ القراض،ثمّ يكون له أمّ ولدٍ؛ لأنّ العامل وطئ بشبهةٍ، فأشبه أحد الشريكين إذا وطئ جاريةً بينهما، أَنَّهَا تكون أمّ ولدٍ إذا حملت.

وعليه نصف قيمتها لتسيّدها؛ لأنّه واطئٌ بشبهة ملك، فكان لوطئه حرمةٌ، وليس ذلك كوطء الزّنىٰ الذي لا حرمة له.

وإن اشـتراها لنفسـه، كان عليه الأكثر من الثّمن أو القيمة يـوم أصاب، فإن كان الثّمن أكثر غرمه؛ لأنّه عليه تعدَّىٰ لمّا اشـترىٰ لنفسـه، وإن كانت القيمة أكثر غرمها؛ لأنّه لو أدرك قبل أن يصيب، وقبل أن تَحمل، ردّت إلىٰ القراض».

وقـال أيضـاً في [٨/ ٣٠٩]: «قـال الأبهري: فإن لم يفضل للعامـل ربحٌ وكانت بقدر رأس المـال، بيعت لربِّ المال حتـىٰ يحصل رأس المال؛ من قِبَلِ أنّ العامل لا يملك عين الجارية؛ لأنَّ ملكها هو لربِّها، فوجب بيعها لربِّ المال لهذه العلّة.

وأمّا أحد الشـريكين فإنّ ملكه مسـتقرٌّ علىٰ حصّته، فلم يجز بيع حصته عليه، في حقّ شريكه، وإنّما يتبع الشريك الذي لم يطأ حصّته من الجارية دون الوطء».

زكاة الغنم المشتراة بمال القراض

[٣٢٨]- (وإذا اشترىٰ العامل بالقراض غنماً فزكّاها، ففيها روايتان:

إحداهما: أنّ الزّكاة علىٰ ربّ المال من رأس ماله، والأخرىٰ: أَنَّهَا ملغاةٌ من الرّبح، ثمّ يقتسمان الفضل بعد ذلك).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٣١١]: «وفي مختصر ابن عبد الحكم أَنَّهَا تُلغىٰ من الرّبح، كالنّفقة.

قـال الأبهـري: لأنّ زكاة الغنم لم تجب من أجل التّجارة، بل وجبت لأعيانها، سـواءٌ كانت لتجارةٍ أو لغيرها، فوجب أن تكون علىٰ الأصل في المال.

وليسـت كذلـك زكاة التّجارة؛ لأنّهـا لا تجب في العروض بأعيانهـا؛ وإنّما تجب في قيمتها إذا أريد بها التّجارة».

كتاب المساقاة

[٣٢٩]- (ولا بأس بمساقاة النّخل والكرم وسائر الشجر الذي يتكرّر فيه الثّمر).

قـال فـي شـرح التفريـع [٨/ ٣٢٠]: «قـال الأبهـري: فجـازت المسـاقاة بفعـل رسـول الله ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم، ومن عدل عنها مـن الفقهاء؛ لأنّها غررٌ، خالف فعل رسول الله ﷺ وأصحابه.

فـإن قيل: إنّ أهل خيبر مخصوصون بذلـك؛ لأنّهم عبيدٌ للنبي ﷺ، أمّا غير ذلك، فلا يجوز ذلك منهم؟

ولأنّ الضّـرورة داعيةٌ إليها؛ لحاجة النّاس إلىٰ التّصـرف في أموالهم وتنميتها، وليس كلّ النّاس يقدر علىٰ ذلك بنفسه».

مساقاة الزّرع

[٣٣٠]- (ولا بأس بمسـاقاة الزّرع إذا اسـتقلّ وعجز عنه زارعه، ولا تجوز مسـاقاته صغيـراً قبل اسـتقلاله، ولا بأس بمسـاقاة المباطخ والمقاثي إذا اسـتقلّت وعجز عن سقيها أربابُهَا).

قال في شـرح التفريـع [٨/ ٣٢٢]: «قال الأبهـري: ولأنّ الزّرع إذا اسـتقلّ فهو أصلٌ ثابـتٌ، فجاز السّـقاء فيه للحاجـة إليه، كما يجوز ذلـك في النّخل والكرم والشّـجر؛ لحاجة النّاس إلىٰ ذلك وضرورتهم إليه؛ لأنّه لا يمكن بيعه وإجارته.

وهذا قبل أن يشتدّ الزّرع، فأمّا إذا اشتدّ فلا تجوز مساقاته؛ لأنّه يمكن الانتفاع به ببيعه وأكله، فلم تجز مساقاته، والله أعلم».

مساقاة الثّمر

[٣٣١]- (ولا بأس بمساقاة الثّمر كلّه علىٰ جزءٍ معلومٍ، قليلاً كان أو كثيراً).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٣٢٤]: «قال مالكٌ: ولا بأس بالمسـاقاة علىٰ جميع الثّمرة للعامل....

قال الأبهري: ولأنّ ربَّ الحائط كلّفه مسـاقاة بعـض الثّمرة ووهب له البعض الآخر، فلا بأس بذلك؛ لأنّه لو وهب له الثّمرة كلّها من غير مساقاةٍ جاز، فكذلك إذا تركها له؛ لما يحصل له من إصلاح نخله لأجل ذلك».

المساقاة لأكثر من عامٍ

[٣٣٢]- (قال مالكٌ في مختصر ابن عبد الحكم: ولا بأس بمساقاة النّخل سنين).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٣٤]: «قال الأبهري: لأنّ عقد المساقاة بمنزلة عقد الإجارة، فلا بأس أن يسقي الحائط سنين، كما لا بأس أن يؤاجره سنين».

مساقاة غير المسلم

[٣٣٣] - (ولا بأس بمساقاة الذّميّ واليهوديّ والنّصرانيّ، ويكره للمسلم أن يعمل مع الذميّ، مساقاة أو غيرها من الإجارات).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٣٥]: «قال مالكٌ في مختصر ابن عبد الحكم: ولا بأس بمساقاة النّصرانيّ، وقد ساقىٰ رسول الله ﷺ أهل خيبر.

قال الأبهري: وإنّما يجوز أن يستأجر المسلِمُ الكافِرَ، وكذلك يجوز أن يساقيه.

وإنّما يكره للمسلم أن يعمل مع الذميّ مساقاةً أو غيرها من الإجارات؛ لما في ذلك من إذلال المسلم؛ لأنّ الاستخدام مظنّة الاستذلال.

قال الأبهري: لأنّه يأمره فيه وينهاه».

المساقاة علىٰ حوائط مختلفةٍ

[٣٣٤] - (ولا بأس أن يساقي الرّجل حوائط مختلفة الثّمر أو مؤتلفةً علىٰ جزءٍ واحدٍ في صفقةٍ واحدةٍ.

ولا يجوز أن يساقي حوائط مختلفةً أو مؤتلفةً في صفقةٍ واحدةٍ علىٰ أجزاء مختلفةٍ، ولا بأس بذلك في صفقاتٍ عدّةٍ)

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٣٦]: «قال الأبهري: ولأنّه لم يترك من جزءٍ واحدٍ منها ليزيد في الآخر من الحائط الآخر، فليس في هذا تهمةٌ ولا مخاطرةٌ».

وقال أيضـًا: «ولا يجوز أن يساقي في حوائط مختلفةٍ ومؤتلفةٍ علىٰ أجزاء مختلفةٍ في صفقةٍ واحدةٍ، وذلك خطرٌ؛ لأنّه قد يثمر أحد الحائطين دون الآخر.

قال الأبهري: لا يزيده في جزء أحدهما علىٰ أن يحطّه في الآخر؛ وذلك لا يجوز؛ لأنّه مخاطرةٌ».

وقال أيضـًا في [٨/ ٣٣٧]: «ولا بأس بذلك في صفقاتٍ عدّةٍ.

قال الأبهري: لأنّ كلّ عقدٍ منها منفردٌ بنفسه، لا يدخل فيه الآخر، كالقراض».

[٣٣٥]- (ومن ساقىٰ حائطاً فيه بياضٌ ونخلٌ وشجرٌ، وسكتا عن ذكر البياض، فهو لربّه، يؤاجره أو يزرعه أو يتركه.

وإن اشترطه العامل لنفسه جاز إن كان يسيراً، ولم يجز إن كان كثيراً، والمراعىٰ في ذلك أن تكون أجرة البياض الثّلث، وثمن الثّمرة الثّلثين، فإن كان ذلك فهو جائزٌ، ويكون البياض حينئذٍ تبعاً للنّخل والشّجر).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٣٨]: «واختلف في الثّلث، فمرّةً جعله في حيّز اليسير الذي يكون تبعاً، ومرّةً جعله في حيّز الكثير الذي لا يكون تبعاً....

قال الأبهري: ولأنّه إذا لم يكن تبعاً، صار كراء الأرض وسقاء أرضٍ أخرىٰ في عقدٍ واحدٍ، وذلك لا يجوز.

ولأنّه إن ألغىٰ للعامل، كانت زيادةً ازدادها العامل، وإن ألغىٰ لربِّ الحائط حتىٰ تكون مؤنته مشترطةً علىٰ العامل، كانت زيادةً اشترطها ربُّ الحائط، وإن شرطا: «أنّ ما يخرج بينهما»، كانت مخابرةً.

فاشترطنا أن يكون يسيراً حتىٰ يكون تبعاً للأصل، كما يقول في الغرر في اغتفار السير منه: إذا كان تبعاً للبيع جاز، بخلاف الغرر الكثير فإنّه لا يجوز، تبعاً كان أو منفرداً.

والمراعىٰ في ذلك: أن تكون أجرة البياض الثّلث، وثمن الثّمرة الثلثين علىٰ ما عرف من نباتها، بعد إلغاء قيمة مؤنتها، فإن كان كذلك، جازت المساقاة فيه، وإن كانت أجرة البياض أكثر من ذلك، لم يجز؛ لأنّه مقصودٌ».

وقال أيضاً في [٨/ ٣٤٠]: «وأمّا البذر، فإنّه يكون من عند العامل وحده، ولا يجوز أن يكون البذر بينهما، ولا من عند ربِّ الحائط.

قال الأبهري: لأنَّ سبيل المؤنة من البذر وغيره يجب أن تكون علىٰ الداخل كلّها، فليس يجب أن يشترطها كلّها أو بعضها علىٰ ربِّ الحائط، فمتىٰ فعل ذلك لم يجز؛ لأنّها زيادةٌ للعامل علىٰ ربِّ المال.

قـال: فـإن نزل ذلـك وكان البذر من عنـد ربِّ الحائط؛ ليكون الزّرع لـه أو للعامل أو بينهما، فإنّ الزرع في هذه الوجوه عند ابن حبيبٍ لمُخرِجِ البذر، كائنـًا من كان.

فـإن كان العامل يخرج البـذر، كان الزّرع له، وعليه كراء الأرض، وإذا زرعه لصاحب الأرض، كان بينهما، وإن أخرجه صاحب الحائط، كان الزرّع له، وعليه للعامل إجارة مثله».

حائط المساقاة تصيبه جائحةٌ

[٣٣٦] - (ومن سـاقىٰ حائطـًا فأصاب ثمرته جائحةٌ فأتلفت أقلّ من ثلثه، فالمسـاقاة صحيحةٌ لازمةٌ، وإن تلفت أكثر من ثلثه ففيها روايتان:

إحداهما: أنّ العامل بالخيار بين فسخ المساقاة والإقامة عليها.

والرّواية الأخرىٰ: أَنَّهَا لازمةٌ، إلّا أن تكون الجائحة أتت علىٰ طائفةٍ من النّخل والشّجر بعينها، فتنفسخ المساقاة فيها وحدها وتلزم فيما سواها)

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٤٣]: «قال الأبهري: لأنّ الجائحة إنّما تكون في عقد البيع لا في غيره؛ لأنّ البائع لا يجوز له أن يسـتحقّ الثّمن دون أن يسـتحقّ المشـتري الثّمر وهو المبيع، وليس كذلك عقد المساقاة.

وقد قال ابن القاسم عن مالكٍ: إنّ الجائحة تدخله، وأنّ العقد ينفسخ إذا كان ما أجيح من الحائط الثّلث فما زاد.

ووجـه هذا القول: أنّ المسـاقاة شـبه البيـع؛ لأنّ ربّ الحائط باع الثّمـرة بمنفعة عمل الدّاخل معه؛ وذلك بمنزلة ما لو اسـتأجر رجلاً يعمل معه مدّةً معلومةً بثمر حائطٍ، ثمّ تلفت الثّمرة، أنّ ذلك يوضع عن المشتري وهو المستأجر بها؛ وكذلك عقد المساقاة مثله».

نصاب الزّكاة في عقد المساقاة

[٣٣٧] - (وإذا كان ثمـر الحائط خمسـة أوسـقٍ، فالزكاة فيه واجبـةٌ، وإن لـم يكن في حصّة كلّ واحدٍ منهما نصابٌ كاملٌ).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٤٧]: «قال الأبهري: ولأنّ الزّكاة واجبةٌ من حين بدوّ الصّلاح؛ وإنّما يقتسمان الثّمرة بعد ذلك، فحكم الزّكاة قد استقرّ قبل قسمتها واستقرار ملك العامل في الحائط.

وكذلك واجبٌ إخراج الزّكاة منها، وإن كانت خمسة أوسقٍ؛ لأنّ المُلكَ هو لربّ الحائط حتىٰ يقتسمانها عند الجذاذ.

وليس كذلك إذا كان بين الشريكين؛ لأنّ ملك كلّ واحدٍ من الشريكين مستقرٌّ عليها من حين تخرج إلىٰ الجذاذ وبعده، فلم تجب الزّكاة علىٰ واحدٍ منهما حتىٰ تكون له خمسة أوسقٍ».

باب كراء الأرض

[٣٣٨]- (ولا بأس بكراء الأرض بالذّهب والورِق والعروض والحيوان. ولا يجوز كراؤها بالطّعام، كان ممّا تنبته الأرض أو ممّا لا تنبته. ولا يجوز كراؤها بشيءٍ ممّا تنبته، طعامًا كان أو غيره، مثل: القطن والكتّان وما أشبه ذلك. ولا يجوز كراؤها بالزّعفران والعصفر).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٥٣]: «قال الأبهري: ولأنّ كراء الأرض بيعٌ لمنافعها، فلا بأس أن يبيعها بالذّهب والفضّة والثّياب، والعروض، كما يجوز له أن يبيع رقبتها بهذه الأشياء.

ولا يجوز كراؤها بالطّعام، كان ممّا تنبته الأرض أو ممّا لا تنبته؛ وذلك لما روي عن رسول الله ﷺ «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا»، ونهىٰ النّبيّ ﷺ عن المزابنة والمحاقلة.

والمزابنة: اشتراء الثّمر بالثّمر. والمحاقلة: اشتراء الزّرع بالحنطة، واكتراء الأرض بالحنطة».

باب الشّركة في الزّرع

[٣٣٩]- (ولا بأس بالشّركة في الزّرع إذا تكافأا في العمل والمؤنة والبذر. ولا يجوز

أن تكـون الأرض من عند أحدهما والبـذر من عند الآخر. ولا بأس إذا كانت الأرض بينهما بكراءٍ أو شراءٍ أن يكون البذر من عند أحدهما والمؤنة من عند الآخر).

قـال في شـرح التفريـع [٨/ ٣٥٥]: «اعلم أنّ الشـرّكة في الزّرع جائـزةٌ. وصفتها: أن يتكافأا في العمل والمؤنة والبذر والأرض.

قال الأبهري: ولأنّ الشـركة تجوز في الأموال والصّناعات، وكذلك تجوز في الزّرع؛ لأنّه لا يخلو أن تكون شركة مالٍ أو بدنٍ، وذلك كلّه جائزٌ».

[٣٤٠] – (قال مالكٌ: وإذا كانت الأرض من عند أحدهما وأخرجا البذر جميعـًا، فلا بأس بذلك).

قـال فـي شـرح التفريـع [٨/ ٣٥٦]: «قـال الأبهري: لأنّهما سـلما من كـراء الأرض بالطّعام، فلا بأس بذلك».

[٣٤١] – (قـال مالـكٌ: ولا تصحّ الشّـركة في مثل هـذا حتّىٰ يكون العمـل متكافئـًا، لا يفضـل أحدهما صاحبه إلّا بفضلٍ يقتسـمان عليه، مثـل أن يكون لأحدهما الثّلث، والآخر الثّلثان).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٥٧]: «قال الأبهري: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ الشّركة تقتضي التّساوي، وأن يكون الرّبح والوضيعة والعمل علىٰ حسب المال.

وكذلك شركة الزّرع، يجب أن يستويا في المؤنة والعمل، ومتىٰ فضل أحدهما الآخر بمـالٍ أو عمـلٍ في صناعـةٍ، كان الرّبح في المال والأجرة في الصّناعة علىٰ حسـب ما لكلّ واحدٍ، أو عمل كلّ واحدٍ.

فإن شـرط أحدُهما الفضل بطلت الشّركة. وإن تبرّع أحدهما علىٰ صاحبه بزيادة عملٍ أو ربحٍ، جاز ذلك، وهذا إذا لم يكن ذلك مشترطـًا في عقد الشّركة».

في الشركة علىٰ أنّ البذر من أحدهما والأرض من الآخر

[٣٤٢] – (وإذا زرعا أرضـًا والبذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر، وتكافأا

فيما سوىٰ ذلك، فالـزّرع بينهما نصفان، وعلىٰ صاحـب الأرض نصف مكيلة البذر، وعلىٰ صاحب البذر نصف كراء الأرض).

قال في شـرح التفريع [٨/ ٣٥٧]: «قال الأبهري: لأنّهما قد عملا جميعـًا، ويتراجعان فيمـا بينهمـا كما وصفه مالـكٌ، فيكون لصاحـب البذر علىٰ صاحـب الأرض نصف مكيلة بذره، كأنّه أقرضه ذلك، ويكون لصاحب الأرض نصف كراء أرضه؛ لأنّه أكرىٰ نصف أرضه بنصف بذرة الآخر».

فيما إذا دفع رجلٌ إلىٰ رجل بذراً يبذره في أرضه علىٰ أنّ الزرع بينهما نصفان.

[٣٤٣]- (وإذا دفع رجلٌ إلىٰ رجلٍ بذراً يبذره في أرضه، علىٰ أنّ الزرع بينهما نصفان، فالزرع كلّه لصاحب الأرض، وعليه مكيلة البذر لربّه.

وإذا دفـع رجـلٌ إلىٰ رجلٍ أرضـًا يبذرهـا ببذرٍ من عنده علىٰ أنّ الـزّرع بينهما نصفان، فالزّرع كلّه لزارعه، ولصاحب الأرض كراء المثل في أرضه).

قـال في شـرح التفريـع [٨/ ٣٦٠]: «قـال الأبهـري: لأنّ صاحـب الأرض قد أكرىٰ الأرض مـن صاحب البذر بما يعطيه صاحب البذر من الزّرع، وذلك غير جائزٍ، فكان الزّرع له، وعليه لصاحب البذر مكيلة بذره الذي أخذه منه».

وقال أيضـًا في [٨/ ٣٦١]: «قال الأبهري: وإنّما قال مالكٌ: إنّ الزّرع لصاحب البذر؛ لأنّه تولّىٰ زرعه بنفسـه أو أعوانه، فصار الزرّع له بعمله، وعليه أجرة الأرض لصاحب الأرض.

ولا يكون لصاحب الأرض من الزّرع شيءٌ؛ لأنّه لا يجوز لصاحب الأرض أن يُكري أرضه بشيءٍ من الطّعام.

ولأنّ الجزء الذي يأخذه لأجرة أرضه مجهول الكيل، وذلك كلّه غير جائزٍ.

وأصـل هـذا الباب عند مالـكٍ، أنّه يراعىٰ في الشّـركة في الزّرع سـلامة كراء الأرض بالطّعام، فإن سلما من ذلك وعقدا الشّركة علىٰ ما يجوز عقدها من التكافؤ في العمل والمؤنة بعد ذلك، فإنها تجوز.

فإن دَخَلَهَا كراء الأرض بالطّعام أو عدم التكافؤ فيها أو شرطاً فيها ممّا يفسدها، ثمّ زرعا، فإنّ الزّرع لمن تولّىٰ زرعه بنفسه أو أعوانه، سواءٌ كان ربَّ الأرض أو ربَّ البذر؛ لأنّ الزّرع تولّد له بعمله، فصار له بالشّبهة، كما يكون الولد للواطئ بالشّبهة؛ لأنّه حدث عن فعله الذي هو الوطء، فكذلك الزّرع مثله.

وكذلك إن عملا جميعاً، فالزرع بينهما، ثمّ يتراجعان المؤنة بينها علىٰ حسب ما عملا وما عقدا من الشرّكة.

وإن أعطيته أرضك وبذرك وبقرك علىٰ أن يزرع والزّرع بينكما نصفان، لم يجز وهو أجيرٌ».

في السّيل يحمل البذر إلىٰ أرضٍ أخرىٰ فينبت فيها

[٣٤٤] – (ومن بذر بذراً، فأتىٰ السّيل فاحتمله فطرحه في أرض غيره فنبت، فهو لصاحب الأرض التي نبت فيها، ولا شيء عليه لصاحب البذر. وقد قيل: إنّ الزّرع لصاحب البذر وعليه أجرة الأرض).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٦٣]: «قال الأبهري: فوجه القول الأوّل: هو أنّه في حال احتماله السيل لا قيمة له، ولا يُنتَفع به بوجهٍ، فهو كالشّيء المتلف، فلمّا وقع في الأرض ونبت فيها صار لصاحب الأرض، بمنزلة ما لو ابتدأ الله عزّ وجلّ نبته.

وليس لصاحب البذر فيه مقالٌ؛ لأنّه قد كان خرج عن ملكه وصار تالفاً لا قيمة له؛ لأنّه لا يقدر في حال كونه في السّيل علىٰ الوصول إليه هو ولا غيره، فصار بمنزلة التالف.

ووجه القول الثّاني: هو أنّ صاحب البذر كأنّه هو الزّارع؛ لأنّه لا صنع لصاحب الأرض في الزّرع، فوجب أن يكون الزّرع لصاحب البذر، وهو قول أشهبٍ. قال الأبهري: والقول الأوّل أصحّ، والله أعلم».

كراء أرض مصر

[٣٤٥] – (ولا بأس بكراء أرض مصر التي تروىٰ بزيادة النّيل قبل ريّها...).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٦٥]: «اختلف في الوقت الذي يجوز فيه عقد كراء الأرض، وهل تكرىٰ سنين:

فأجاز مالكٌ وابن القاسم كراءها قبل أوان الحرث وإن بعد السّنين، فإن كانت غير مأمونةٍ جاز العقد عليها دون النّقد.

وإنّما لم يجز النّقد إذا كانت غير مأمونةٍ؛ لأنّه يدخله سلف وإجارةٌ، وذلك غير جائزٍ.

قال الأبهري: لنهي رسول الله ﷺ عن بيعٍ وسلفٍ».

فيمن اكترىٰ أرضًا فانقطع ماؤها بعد زرعها

[٣٤٦] – (ومن اكترىٰ أرضًا فزرعها، ثمّ انقطع ماؤها فتلف زرعه، سقط عنه كراؤها).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٦٦]: «قال الأبهري: لأنّ صاحب الأرض إنّما يستحق الكراء لحصول منفعة الأرض للمكتري، كما يستحقّ البائع الثمن لحصول المبيع في ملك المشتري، فمتىٰ لم تحصل المنفعة للمكتري، لم يكن عليه كراءٌ إذا كان كذلك من قِبَل المكري؛ لأنّ علىٰ المكري سقي زرع المكتري وسوق الماء إليه، فمتىٰ لم يفعل ذلك حتىٰ تلف زرعه، لم تكن له الأجرة؛ لعدم منفعة المكتري».

وقال أيضًا: «قال الأبهري: وذلك كما يموت العبد أو تنهدم الدّار قبل انقضاء مدّة الإجارة، فلا يكون للمرء أجرة ما بقي من المدّة؛ لأنّ المستأجر لم يصل إلىٰ منفعة ما اكتراه، وتكون الأجرة في مدّة ما انتفع به المكتري.

فكذلك كراء الأرض مثله سواءٌ، للمكري من الكراء بقدر ما انتفع به المكتري، إلّا أن يكون ما انتفع به ممّا لا خطر له ولا قيمة، فلا يكون عليه شيءٌ من الكراء».

فيمن اكترىٰ أرضًا فأصاب زرعها جائحةٌ فأتلفته

[٣٤٧] – (ومن اكترىٰ أرضًا ليزرعها، فهارت بئرها قبل زرعها، انفسخ كراؤها، إلّا أن يعمر البئرَ ربُّهَا ويتمكّن المكتري من زرعها، فيلزمه كراؤها.

وإن زرعها، ثمّ هارت بئرها بعد زرعها، فالمكتري بالخيار: بين فسخ كرائها، وبين أن

[١/٥/أ][١] بسم الله الرحمن الرحيم

ينفق عليها أجرة سنتِها إن لم يكن نقد كراءها، أو يسترجع من المكري كراء سنته إن كان نقد كراءها فينفقه علىٰ بئرها.....).

قال في شرح التفريع [٨/ ٣٧٠]: «قال الأبهري: لأنّ عليه أن يوفّي المكتري ما اكتراه منه من منفعة أرضه، وليس يصل إليها إلّا بالماء، فإذا انقطع لم ينتفع بما اكتراه، فعليه أن ينفق كراء سنته.

ولم يكن عليه أن ينفق أكثر من ذلك؛ لجواز أن تنهدم البئر في السّنة الثّانية والثّالثة، فيحتاج أن ينفق عليها كراء كلّ سنةٍ تنهدم فيها؛ لأنّ المكتري للأرض ليس عليه أن ينفق علىٰ الماء أكثر من كراء سنةٍ؛ لأنّه لو تلف زرعه، لم يكن له أكثر من ردّ كراء السّنة التي تلف فيها الزّرع؛ وكذلك ليس له أن ينفق أكثر من ذلك».

(١) هذه هي أول القطعة الموجودة من الرهن، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع عن الأبهري جملة من شرح مسائل الرهن، كالتالي:

فيمن رهن ما لا يضمن علىٰ أنّه ضامنٌ له

[٣٤٨] - (ومن رهن ما لا يُضْمَن علىٰ أنّه ضامنٌ، لم يلزمه ضمانه بشرطه).

قال في شرح التفريع [٩/ ٦٠]: «اختلف إذا شُرِط في الرّهن ضمان ما لا يضمن، أو عدم ضمان ما يضمن، فقال ابن القاسم: هو علىٰ ما كان عليه قبل ذلك، وشرطه باطل.....

قال الأبهري ولأنّ أصلّ الرّهن ليس بأمانةٍ؛ لأنّ المرتهن يقبضه لمنفعة نفسه، والأمانة هو ما يقبضه المؤتمن لمنفعةِ ربّه كالوديعة، فإذا شرط في الرّهن أنّه وديعةٌ، كان شرطه باطلاً؛ لمخالفة شرط الله ورسوله في ذلك، كما لو شرط في الأمانة أنّه ضامنٌ لها، لكان شرطه باطلاً، وكما لو شرط في البيع ألّا دراك عليه، لكان شرطه باطلاً؛ لأنّ النّبيّ ﷺ أبطل شرط بائع الأمة علىٰ أنّ الولاء له؛ لأنّ ذلك خلاف شرط الله ورسوله، وقال: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ الله تَعَالَىٰ، فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِئَةَ شَرْطٍ، شَرْطُ الله أَحَقُّ، وَقَضَاؤُهُ أَوْثَقُ».

[١١٩٤] مسألة: قال: ومن كان عليه دَينٌ يحيط بماله، فقد اختلف في رهنه:

غلات الرهن

[٣٤٩] - (ونسل الحيوان رهنٌ مع أمّهاتها، وفراخ النّخل والشّجر رهنٌ مع أصولها.
وثمر النّخل والشّجر لا يدخل في الرّهن، إلّا أن يشترط ذلك مرتهنها.
وألبان الإبل والبقر والغنم وأصوافها غير داخلةٍ في رهنها، إلّا أن يشترط ذلك مرتهنها).

قال في شرح التفريع [٩/ ٦٥]: «قال الأبهري: ولأنّ ثمرة النّخل خراجٌ، فهي للراهن؛ لأنّ مِلكَ الرّاهن له، فالخراج له بالضّمان.

وكما لا يكون لبن الحيوان رهناً معها، فكذلك لا يكون ثمر النّخل والشّجر رهناً معها.

قال: وكلّ رهنٍ له غلّةٌ، فلا تكون الغلّة رهناً معه إلّا أن يشترط، فيكون رهناً إلىٰ محل الحقّ».

وقال أيضاً في [٩/ ٦٦]: «وإنّما قلنا: إنّ النّسل رهنٌ مع الأمّهات؛ لأنّ كلّ حكم استقرّ في رقبةٍ دون منافعها، فإنّه يسري إلىٰ ولدها، أصله ولد أمّ الولد، وولد المدبَّرة.

وقد بسط الأبهري الاحتجاج علىٰ هذه المسألة، فقال: وإنّما كان نسل الحيوان رهنٌ مع أمهاتها؛ لأنّ حكم ولد الرّهن إذا حدث بعد الرّهن كحكم الأمّهات، من قِبَلِ أنّ كلّ عقد ثبت في الأمّهات لا سبيل إلىٰ حلّه، فهو للولد إذا حدث، إلّا الإجارة والنّكاح، وذلك كولد أمّ الولد إذا حدث بعد كونها أمّ ولدٍ، فحكمه حكم أمّه، وكذلك ولد المدبَّرة والمكاتبة، فكان ولد المرهونة كذلك.

وكذلك ولد ما فيه الزّكاة من الماشية، [حكمه] حكم أمّهاته في وجوب الزّكاة فيه، واعتبار حوله بحول الأمّهات.

وكذلك حكم الولد أيضاً في الحريّة والرّقّ حكم أمّه إذا كان حادثاً بعد عقد النّكاح، كالحرّ إذا تزوّج بأمةٍ، فولده عبدٌ لسيّد الأمة، والعبد إذا تزوّج حرّةً، فولده حرٌّ.

فوجب بما ذكرنا، أن يكون ولد الحيوان رهناً مع الأمّ، ولا يكون ثمن الشّجر رهناً

فقيل: لا يجوز.

مع الشّجر، كما لا يكون حكم خراج الأمّ حكم ولدها؛ لأنّ ذلك ملكٌ للسيّد، له أن يتصرف فيه، وليس يتصرّف في ولدها، كما لا يتصرّف فيها ببيعٍ ولا هبةٍ».

الانتفاع بالرّهن

[٣٥٠] - (ومن ارتهن رهناً علىٰ ثمن سلعةٍ واشترط الانتفاع بالرّهن في أجل الثّمن، فلا بأس به، ومن أقرض رجلاً مالاً وارتهن منه بذلك رهناً واشترط الانتفاع بالرّهن في مدّة أجل القرض، لم يجز ذلك).

قال في شرح التفريع [٩/ ٦٩]: «قال الأبهري: وكأن المرتهن اتباع سلعةً بثمنٍ معلومٍ، ومنفعة الرّهن مدّةٌ معلومةٌ؛ وذلك جائز؛ لأنّه بيع وإجارة معلومة».

وقال أيضاً في [٩/ ٧٠]: «فأمّا إن أقرضه قرضاً علىٰ رهنٍ، وشرط منفعة الرّهن مدّةَ أجر القرض، لم يجز ذلك؛ لأنّه سلفٌ جرّ منفعةً.

قال الأبهري: وكأنه أقرض الرّاهن لينتفع بالرّهن مدّة السّلف، وذلك قرضٌ جرّ منفعةً، وهو حرامٌ».

ارتهان العبد الذي له مالٌ

[٣٥١] - (ومن ارتهن عبداً له مالٌ، لم يكن مال العبد رهناً معه).

قال في شرح التفريع [٩/ ٧١]: «قال الأبهري: لأنّ مال العبد بمنزلة ثمرة النّخل، فلمّا لم تكن الثّمرة رهناً مع النّخل إذا لم يشترط المرتهن ذلك، فكذلك مال العبد؛ لأنّ ذلك كلّه يجري مجرىٰ الخراج، والخراج للمالك دون المرتهن.

وهو مخالفٌ لنسل الحيوان؛ لأنّ نسلها ليس بخراجٍ، فحكمه حكم الأمّهات، فإذا اشترطه كان ماله معلوماً أو مجهولاً».

في مساقاة الحائط، ثمّ رهنِه

[٣٥٢] - (ومن ساقىٰ حائطه من رجلٍ، ثمّ رهنه من غيره، فلا بأس به، وينبغي للمرتهن أن يستخلف مع العامل في الحائط غيره)

قال في شـرح التفريـع [٩/ ٨٣]: «قال الأبهري: وإنّما قال ذلـك؛ ليكون المرتهن قد قبض الرّهن.

وليخرج عن حوز الرّاهن وقبضه، فيكون حوز المرتهن وقبضه».

في الرّهن يؤجره المرتهن من ربّه

[٣٥٣] - (ومن ارتهن رهنـاً، ثمّ ردّه إلىٰ ربّه بعاريةٍ أو غيرها، بطل رهنه. ومن استأجر داراً، ثمّ ارتهنها، ثمّ أجرها من ربّها، بطل رهنه).

قال في شـرح التفريع [٩/ ٨٨]: «قال الأبهري رحمه الله: لأنّ الرّهن إذا رجع إلىٰ يد الرّاهن وقبضه بأيّ وجهٍ كان، فقد خرج من الرّهن؛ لأنّ حكم الرّهن وصفته أن يكون مقبوضـاً في يد المرتهـن أو من يقوم مقامه، وألّا يكون في يـدي الراهن، فمتىٰ رجع إليه بأي وجهٍ كان من إجارةٍ أو عاريةٍ وأشباه ذلك، فقد خرج من الرّهن.

فمتىٰ حدث ذلك وقام الغرماء قبل قبض المرتهن للرّهن، كان أسوة الغرماء.

وكذلك إذا ردّ الرّهن فكأنه لم يقصد الرّهن بتركه في يد الرّاهن حتىٰ يموت أو يفلس.

قال مالكٌ رحمه الله: ومن حبس حبسـاً فحيز عنه عشر سنين، ثمّ سكن ذلك المحبس بكراءٍ أو غيره، فلا يبطل ذلك حبسـه، وكذلك الصدقة، ولو كان رهنـاً فقبضه وحازه، ثمّ ردّ إلىٰ صاحبه، لبطل بعوده إليه.

والفرق بين الرّهن والصّدقة إذا رجعت بعد الحوز إلىٰ الرّاهن أو المتصدّق: أنّ الرّهن بعـد الحـوز باقٍ علىٰ ملـك الرّاهن؛ وإنّما فيـه وثيقةٌ للمرتهن بحـوزه، فمتىٰ عاد إلىٰ الرّاهـن، بطل حوز المرتهن لبطلان حوزه، وثبت ذلـك للرّاهن بحوزه، وأما الصّدقة فبالحـوز انتقل ملك المتصدّق عنها فصحّت ملكـاً للمتصدّق عليه، لا حقّ للمتصدّق فيها، كالاشـتراء، فمتىٰ رجعت إلىٰ يد المتصدِّق بعد صحّة حوزه، وبعد طول مدّةٍ لا يتهمـان علـىٰ إظهار الحوز فيها، لـم يضر ذلك الصّدقة؛ لصحـة انتقال الملك، كما لو رجعت إليه من يد مشترٍ».

بيع المرتهن للرهن

[٣٥٤] - (ومن رهن عند رجل رهناً ووكّله علىٰ بيعه في حقّه، جاز له بيعه إذا كان يسيراً، كالقضب ونحوه ممّا لا يبقىٰ مثله أو ينقص ببقائه.

وإن كان ربعاً أو غيره ممّا تكثر قيمته ولا يضرّه بقاؤه، فقد كره له بيعه إلّا بإذن الحاكم إذا غاب ربه.

وقال أشهب: لا بأس ببيع الرّبع وغيره).

قال في شرح التفريع [٩/ ١٠٢]: «قال الأبهري رحمه الله: وإنّما قال ذلك في القضب وأشباهه أنّ له بيعه؛ لأنّ تأخير بيعه يضرّ به.

ولأنّه يتكرّر بيعه علىٰ ما يحدث منه من البطون.

فجاز له بيعه من غير إذن سلطانٍ؛ لأنّ إذن السّلطان له يتعذّر عليه علىٰ ممرِّ الأوقات، ويشقّ ويتعذّر عليه التّوصل إليه.

قال الأبهري: فأمّا ما لم يكن بطوناً مثل الثمار وغيرها، ولم يخف فساده، فليس ينبغي له أن يبيعه بغير إذن السّلطان؛ ليقوّم بالعدل بينه وبين المرتهن، ولئلا يتّهم المرتهن في محاباةٍ ولا تقصيرٍ.

وكذلك إذا وكّل الرّاهن المرتهن في البيع، فالأحبّ إلينا ألّا يبيعه إلّا بأمر السّلطان.

قال الأبهري رحمه الله: لأنّ المرتهن قد لا يستقصي في البيع ولا يحتاط فيه للرّاهن، فالاحتياط ألّا يبيعه إلّا الحاكم.

فإن لم يفعل وباعه دون الحاكم، جاز بيعه؛ لأنّ الرّاهن قد وكّله في ذلك وسلّطه علىٰ بيعه، فإذا باعه بثمن مثله جاز ذلك عليه، كما يجوز ذلك إذا وكّل غير المرتهن، ولا فضل إذا وكّله في بيع الحيوان والرّباع وغيرها.

وإنّما كره مالكٌ رحمه الله بيع الرّبع والحيوان؛ لكثرة ثمنهما.

ولأنّ أمرهما يظهر، وتقع فيهما الخصومة متىٰ جاء الرّاهن، وليس كذلك ما يخفّ من المرهون.

وقيل: إنه جائزٌ ما دام لم يُفْلِسْ، وذلك أحب إلينا[(١)].

وجه قولـه: «إنه لا يجـوز رهنه»؛ فلأنَّ حق الغرماء قـد وجب في ذمَّته وتعلَّـق بماله، فليس له أن يَخْرُجَ عنهم إلىٰ غيرهم ولا إلىٰ بعضهم دون بعضٍ إلّا بإذنهم له في ذلك.

ووجه قوله: «إنَّ له أن يرهن ما لم يفلس»؛ فلأنَّ بيع من عليه الدَّين وشراؤه

وقـد قال مالكٌ رحمه الله: إنّ بيع ذلك كلّه جائـزٌ، وإن كان الأحبّ إليه أن يوكّل غير المرتهن، فإن فعل جاز البيع؛ لتسليط الرّاهن إيّاه في ذلك، وهذا هو القياس.
وهذا إذا كان بموضعٍ فيه سلطانٌ، وأمّا في موضعٍ لا سلطان فيه، أو فيه سلطانٌ يصعب تناوله، فبيعه جائزٌ إذا أصاب وجه البيع؛ لتوكيله إيّاه علىٰ البيع.
وقال أشهب: لا بأس ببيع الرّهن وغيره؛ لأنّه وكيلٌ علىٰ ذلك، كالأجنبيّ».

حكم من رهن نصيبه من دارٍ، ثمّ أراد أن يستأجر نصيب صاحبه

[٣٥٥] - (وإذا كانـت دارٌ بيـن اثنيـن، فرهـن أحدهما نصيبـه من رجلٍ، ثـمّ أراد أن يستأجر نصيب صاحبه، لم يكن له ذلك؛ لأنّه يؤدّي إلىٰ بطلان رهنه).

قال في شـرح التفريع [٩/ ١٠٩]: «قال الأبهري رحمة الله عليه: لأنّ نصيب الرّاهن وشريكه مشاعٌ في الدّار، ليس يتميّز بعضه من بعضٍ، فإذا اكترىٰ الرّاهن حصّة شريكه، فقد عاد الرّهن إلىٰ يده وصار غير مقبوضٍ، وذلك غير جائزٍ.
فإن اكترىٰ نصيب شـريكه وسـكن، بطل حوز الرّهن إن لم يقم المرتهن بقبض حصّة الرّاهن من الدّار ويقاسمه؛ لأنّه لمّا سكن نصف الدّار وهي غير مقسومةٍ، صار الرّاهن متصرّفـًا في جميعها، فلزم منه تصرّفه فيما رهنه، فيصير المرتهن غير حائزٍ، فيقاسـمه ليحوز المرتهن نصيب الرّاهن بقسمته وترتفع يد الرّاهن عنه».

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٦٢)، المدونـة [٤/ ١٤٣]، التفريع مع شـرح التلمسـاني [٩/ ٣٠].

لمّا كان جائزاً، فكذلك تصرفه في المال علىٰ وجه الصلاح والمعاوضة، فكذلك يجوز رهنه وارتهانه(١).

❀❀❀

[١١٩٥] مسألة: قال: ومن رهن وليدةً فوطئها الراهن بإذن المرتهن، انفسخ رهنه.

وإن وطئها بغير إذنه، بيعت ودُرِئ عنه الحد وأُلحق به الولد(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الراهن إذا وطئ بإذن المرتهن، فقد رضي المرتهن بخروج الرهن عنه وردِّه إلىٰ الراهن بإذنه له في التّصرف فيه بالوطء.

ولأنَّ بالوطء قد تَعْلَقُ منه، فلا يجوز بيعها بعد ذلك، فدل رضاه بالوطء علىٰ ترك الرهن.

فأمّا إذا وطئها الراهن بغير إذن المرتهن، فهي رهنٌ كحالها؛ لأنَّ المرتهن لم يرض بردِّ الرهن إلىٰ الراهن.

ودُرِئ عنه الحد؛ لأنّه وطئ ملكه وإن كان فيه حقٌّ لغيره وهو المرتهن، والحدُّ مدروءٌ بالشبهة.

والولد يلحق به؛ لأنّه حدث عن وطءٍ تملكه يمينه.

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٣١]، هذه المسألة عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٢)، المدونة [٤/ ١٥٨]، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٠٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٧٤].

ولأنَّ كلّ وطءٍ يُدْرأ فيه الحد، فالولد يلحق بالواطئ إذا حدث[(١)].

۞۞۞

[١١٩٦] مسـألة: قال: ومن أرهن رجلاً رهنـًا، وأرهن[(٢)] فضله[(٣)] آخر، فهو لهما دون الغرماء إذا أحيز ذلك[(٤)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن أولىٰ بالرهن في الفلس والموت من سـائر الغرماء؛ لقوة سببه؛ لقبض الرهن وحيازته، ولولا ذلك لم يستفد في الرهن شيئـًا.

ولا فضـل بين المرتهن [١/٥/ب] الأول والثانـي إذا قبضا ذلك، وكان الراهن أرهن المرتهن الثاني فضلة الرهن بأمر المرتهن الأول؛ لأنَّه لمّا رضي بذلك، كان كما لو أرهنهما جميعـًا بعقدٍ واحدٍ.

وإذا كان بغير أمره، لم يجز، وكان الرهن كله للأول.

۞۞۞

[١١٩٧] قال: ومن أقر لورثة ميتٍ برهنٍ لأبيهم، فأنكر ذلك الورثة، فالقول

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٧٤-٧٥]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) قوله: «وأرهن»، كذا في شب، وفي المطبوع: «أو أرهن».

(٣) قوله: «فضله»، فضلة الرهن: هي أن تكون قيمة الرهن أكثر من الدَّين، فما زاد من قيمة الرهن فهي فضلته، ينظر: مواهب الجليل [٥/ ٦].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٦٢).

قولهم، ويحلفون بالله: «ما نعلم الذي يقول»، ويكونون أحق بمتاعهم، إلّا أن يقيم بينةً علىٰ ما ذكر(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن قد أقر بأنَّ ملك الرهن لأبيهم، فقد ملك ذلك الورثة عن أبيهم وادَّعىٰ هو أنَّه رهنٌ في يديه، فلا يقبل قوله في ملك غيره إلّا ببينةٍ، وَإِلّا حلفوا بالله ما يعلمون أنّه رهنٌ في يديه.

وذلك كما لو ادَّعىٰ ذلك رجلان، أعني: زيداً أنَّ عمراً أرهنه شيئًا، وأنكر ذلك عمرٌو، فعلىٰ زيدٍ البيّنة علىٰ دعواه، وعلىٰ عمرٍو المنكِر اليمين؛ لقول رسول الله صلىٰ الله عليه: «**الْبَيِّنَةُ عَلَىٰ الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَىٰ الْمُنْكِرِ**»(٢).

❀❀❀

[١١٩٨] مسألة: قال: ومن باع من غلامه - وهو تاجرٌ - بيعًا وارتهن به رهنًا ثمّ فلَّس، فالسيد أولىٰ برهنه(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حكم السيد في هذا كحكم الأجنبي، فلمّا كان الأجنبي أولىٰ بالرهن من سائر الغرماء بحوزِهِ الرَّهْنَ، فكذلك السيد أولىٰ برهنه؛ لأنَّ العبد يملك عند مالكٍ ملكًا غير مستقرٍ، كما يملك المكاتب ملكًا غير

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٢)، البيان والتحصيل [١١/ ٨٧].

(٢) متفق عليه: البخاري (٢٥١٤)، مسلم [٥/ ١٢٨]، وهو في التحفة [٥/ ٤٢].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦٢)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٥١]، البيان والتحصيل [١١/ ١٢].

مستقرٍ، فلو ارتهن السيد من مكاتبه رهنـًا علىٰ بيعٍ باعه أو تعجيل عتقه، كان أولىٰ به من سائر الغرماء، فكذلك السيد في عبده.

❀❀❀

[١١٩٩] قال: ومـن ارتهن وليدةً، فوطئها المرتهن، فحملت أو لم تحمل، فهو زانٍ، وولده لسيد الأمة(١).

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ المرتهن ليس يملك الأمـة الرهن، ولا هي امرأته، والـوطء لا يجوز إلّا بهذين الوجهين، فمتىٰ وطئهـا، فهو زانٍ وعليه الحد، [١/٦/أ] إلّا أن يطأهـا وهـو غير عالمٍ بتحريم ذلك عليه، أو بإذن الراهن له، فلا يكون عليه الحد إذا جهل أنَّ ذلك غير جائزٍ له، أو أذِنَ له الراهن؛ لأنَّ الحد مدروءٌ بالشـبهة، وذلك يكون بشبهة الملك، وشبهة الجهل بتحريم الموطوءة علىٰ الواطئ(٢).

❀❀❀

[١٢٠٠] مسـألة: قـال ولا بـأس بالرهن في السـلف في الطعـام، ولا بأس بالسلف يكون معه الرهن أو الحميل، والبيع مثل ذلك(٣).

✍ إنّمـا قـال ذلـك؛ لأنَّ الرهن جائزٌ فـي الديون كلها، وكذلـك الحقوق،

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٦٢)، المدونة [٤/ ١٦٢]، النوادر والزيادات [١٠/ ٢١٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٧٦].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٧٧]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصـر الكبيـر، ص (٢٦٢)، المختصـر الصغيـر، ص (٦٤٣)، التفريع مع شـرح التلمساني [٩/ ٥٥].

وسـواءٌ كانت من سـلفٍ أو غيره، طعامٍ أو غيره؛ لإباحة الله عَزَّ وَجَلَّ الرهن في الديون بقوله: ﴿وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة:٢٨٣].

❀❀❀

[١٢٠١] مسـألة: قال: ومن كانت له علىٰ رجل أذهـابٌ[1] بآجالٍ مختلفةٍ، وأراد أن يبيعه بيعـًا ويرهنه رهنـًا ويجعل آجالها واحدةً في الرهن، فلا خير فيه[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا يدخله قرضٌ جر منفعةً؛ لأنَّ المرتهن إنّما أخّره بدَيـنٍ لـه إلىٰ أبعد من أَجَلِـهِ لِمَا رهنه به الراهن، فصار تأخيـره له من أجل منفعته بالرهـن الـذي لم يكن له في أصل الحق، وذلك غيـر جائزٍ؛ من قِبَل أنَّ كلّ قرضٍ جرَّ منفعةً فهو حرامٌ.

❀❀❀

[١٢٠٢] مسـألة: قال: ومن ارتهن داراً ذات ثمنٍ بدون ما تسـوىٰ ووضعها علىٰ يدي رجلٍ، ثمّ أراد أن يرهن فضلها بعد الأول من آخر ويتسـلّف منه، فليس ذلك له أن يُدْخِلَ عليه أحداً في رهنه، وليس الذي رَهَنَ يَرْهَنُ فيما أرهنه للآخر[3].

---

(١) قولـه: «أذهابٌ»، هو جمـع ذهبة، قال الأزهري: الذهب مذكر ولا يجوز تأنيثه، إلاّ أن يجعل جمعـًا لِذَهَبَةٍ، والجمع أذهابٌ، مثل سـبب وأسـباب، ينظـر: المصباح المنير، ص (٢١٠).

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٦٣)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ١٣٠ و ١٩٥]، البيـان والتحصيل [١١/ ٢٤].

(٣) المختصـر الكبيـر، ص (٢٦٣)، النوادر والزيـادات [١٠/ ١٧٧ و ١٧٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٨٢].



✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنَّ الرهـن كله هو رهـنٌ بالحـق الأول، فليس يجوز للراهـن أن يرهـن ما فضل عن الحق بغير إذن المرتهـن الأول، كما أنّه ليس له أن يبيـع فضل ذلك ولا يهبه بغيـر إذن المرتهن الأول، فكذلك ليس له رهنه إلّا بإذن الأول[١].

❁❁❁

[١٢٠٣] مسـألة: قـال: ومن كان عليه دَينٌ فَحَلَّ، فعسـر بـه، فدعاه إلىٰ أن يؤخِّره ويعطيه رهنـًا، فلا بأس بذلك، وإن لم يحل فلا خير فيه، والحميل كذلك[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ [١/٦/ب] لأنّه إذا أخَّره بعد محله فذلك معروفٌ يصنعه به، وذلك جائزٌ، وسواءٌ أخذ رهنـًا أو لم يأخذ، ليس بذلك بأسٌ.

فإن لم يحل الحق لم يجز أن يؤخِّره عن الأجل الأول برهنٍ يأخذه؛ لأنه لم

---

(١) ذكر التلمسـاني في شرح التفريع [٩/ ٨٤]، تتمة للمسألة، لا توجد في شرح الأبهري المخطوط، هي:
«واختلـف إذا رهن الفضلة من غير الأوّل، فقال مالكٌ مرّةً: إن رضي الأوّل جاز، وإن لم يرض لم يجز.....
وقال في كتاب ابن المّواز: لا يجوز؛ لأنّ الأول إنّما حاز لنفسه.
قـال الأبهـري: فذكر مالـكٌ العلّة: أنّ الأوّل إنّما حاز لنفسـه لا للثّانـي، فمتىٰ لم يحز الثاني لنفسه ما ارتهنه، كان ذلك باطلاً متىٰ مات الرّاهن أو فلس قبل أن يحوز المرتهن الثّاني لنفسه؛ لأنّ الرهن إنّما يصحُّ بالقبض».
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٣)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٩٣].

يحمله علىٰ التأخير معروفٌ صنعه؛ لأنَّ حقه لم يجب بعد، وإنما زاده في الأجل؛ لأنَّ الذي عليه الدَّين زاده الرهن، أو الحميل الذي لم يكن في الأصل.

❀❀❀

[١٢٠٤] مسألة: قال: ومن ارتهن فهلك وأقرّ بالحق وتداعيا في قيمة الرهن، فيصفه الذي هو في يديه ويحلف علىٰ صفته، ثمّ يُقَوَّم:

⇦ فإن كان أكثر مما رهنه به، ردّ عليه الفضل.

⇦ وإن كان أقل، أخذ المرتهن بقية حقِّه[١].

⇦ وإن كان كفافًا، فهو بما فيه[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن مؤتمنٌ علىٰ صفة الرهن، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنّه غارمٌ أيضًا، والقول في القيمة قول الغارم مع يمينه.

ثم يُقَوِّمُ الصفةَ أهلُ البصر:

فإن كانت كفافًا بالدَّين، كانت قصاصًا منه.

وإن زادت علىٰ الدَّين، أخذ الراهن ما زاد فيها من المرتهن.

وإن زاد الدَّين علىٰ قيمة الرهن، أخذ المرتهن زيادة الدَّين عن قيمة الرهن؛

---

(١) قوله: «حقه»، كذا في شب، وفي المطبوع: «حصته».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٣)، الموطأ [٤/ ١٠٥٨]، المدونة [٤/ ١٤٥]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٨٨ و ٢٣٢]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٩٤].

مـن قِبَـل أنَّ دَين المرتهن واجبٌ فـي ذمَّة الراهن، وهو حقٌّ مـن الحقوق، فليس يسقط ذلك بتلف الرهن.

وكذلـك زيادة قيمة الرهن عن الدَّين حقٌّ للراهن عن المرتهن يأخذها منه؛ لأنّه ليس مؤتمناً علىٰ الرهن فيكون القول قوله مع يمينه في تلفه، إلّا أن يُعْلَم تلفه بغير قوله، فلا يكون عليه شيءٌ.

والدليل علىٰ أن المرتهن ليس بمنزلة المؤتمن، أعني: المودع، أنَّ المرتهن إنّما قبض الشّـيء لمنفعة نفسـه وتعَلُّقِ حقِّه بالرهن، وأنه أولىٰ به من الغرماء في الفلـس والمـوت، فـكان قبضه الرهـن لمنفعتـه دون منفعة الراهن، فأشـبه ذلك المستقرض أنَّ قبضه الشّيء لمنفعة نفسه.

ولم يشـبه المودَعَ؛ لأنَّ [١/٧/أ] قبض المـودَعِ منفعته لربه دونه، فكان الرهن أصـلاً في نفسـه ليس يشـبه الوديعة أنَّهَا أمانة، ولا يشـبه الغصب أنّـه تعدٍّ مجرَّدٌ، فيضمن بكل وجه.

لكنه إذا عُلِم أنَّ تلفه بغير صنعه، أو أنَّ ذلك قد تلف، فلا قيمة علىٰ المرتهن، وإنما هو غير مصدَّقٍ علىٰ التلف لِمَا ذكرنا.

فـإذا عُلِـم تلفه، فهو من مال الراهـن، لقول رسـول الله ﷺ: **«الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»**[1]، أي: تلفه.

---

(١) أخرجـه الدارقطني [٣/ ٤٣٧]، بلفظ: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه»، وهو عند ابن ماجه [٣/ ٥٠٨] وغيره مختصراً، وفي التحفة [١٠/ ٨].

ولأنَّ ملكه لَمَّا كان للراهن ولم يكن المرتهن متعدياً بقبضه ولا يده عليه يدٌ غاصبةٌ، كان تلفه من مالكه.

فهذا حكم الرهن عند مالكٍ، وحكم العارية سواءٌ؛ لأنَّ المستعير أيضًا قبضه الشّيء لمنفعته لا لمنفعة ربه، فجرىٰ في أنّه غير مصدَّقٍ علىٰ تلف الشّيء المستعار مجرىٰ المرتهن:

⇦ سواءٌ إذا عُلِمَ تلف ذلك بغير قوله، كان ذلك من المعير.

⇦ وإن لم يُعْلَمْ ذلك، لم يكن المستعير مصدقًا علىٰ التلف(١).

❀❀❀

[١٢٠٥] مسألة: قال: وإن كان الرهن ظاهراً فاختلفا فيما رُهِنَ به، حلف المرتهن وكان القول قوله حتىٰ يحيط بالرهن كله، فإن كان لا زيادة فيه ولا نقصان، أخذه المرتهن بحقه، إلّا أن يشاء الراهن أن يعطيه حقه ويأخذه(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الرهن وثيقٌ بالحق، كما كانت الشّهادة وثيقةً بالحق، فلمّا رُجِع إلىٰ قول الشهود في مبلغ الحق إذا وقع التنازع فيه، وجب أن يُرجَع إلىٰ قيمة الرهن في مبلغ الحق إذا وقع التنازع فيه؛ لأنَّ النّاس في الأغلب يرتهنون بحقوقهم ما قيمته أكثر من الحق أو مثله، هذا في الأغلب، لا ما هو دون حقهم، وإذا كان كذلك، رُجِعَ إلىٰ قيمة الرهن في مبلغ الدَّين؛ لأنّه يشهد به لصاحب

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٩٥]، طرفًا من شرح المسألة عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٣)، الموطأ [٤/ ١٠٥٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٩٧].

الدَّيـن، فإن أعطاه ذلـك أخذه، وَإِلّا كان أولـىٰ به بالرهن؛ لتعلُّـق الحق فيه، كما يكـون المجنـي عنه أولـىٰ برقبـة [١/٧/ب] العبد الجانـي، إلّا أن يعطيه سـيد العبد الجانـي أرش الجناية فيكون ذلك له، فكذلك المرتهن أولىٰ بالرهن إلّا أن يعطيه الراهن حقَّه(١).

❀❀❀

[١٢٠٦] قال: وإن كان الرهن أقل مما سمَّىٰ، حلف المرتهن علىٰ ما سمَّىٰ، والراهن بالخيار، إن شـاء أن يعطيه الذي حلف عليه، وإن شـاء حلف ونكل ذلك عنه(٢).

✍ إنّمـا قـال ذلك لأنَّ المرتهن مـدَّعٍ لحمل ما يذكره مـن الحق، فعليه أن يحلـف علىٰ حمله ذلـك، ثمّ يكون له مما حلف عليه قدر ما يشـهد الرهن به من قيمتـه، فيكون كالحكم بالشـاهد واليمين، ثمّ يكون الراهـن بالخيار عن ما فضل عن قيمة الرهن، فإن شاء أعطىٰ المرتهن، وإن شاء حلف أنَّ ذلك ليس عليه؛ لأنَّ المرتهن لا شهادة له فيما يذكره من الدَّين مما زاد علىٰ قيمة الرهن، فصار مدَّعياً لذلـك، والراهن مدَّعَىٰ عليه، فكان حكم ذلك حكم المدَّعِي والمدَّعَىٰ عليه، إمّا بينة المدَّعِي، أو يمين المدَّعَىٰ عليه.

❀❀❀

[١٢٠٧] مسـألة: قـال: وإن هلـك الرهـن وتناكـروا الحـق وقيمـة الرهن

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٩٧]، شرح المسألة عن الأبهري.

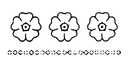
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٣)، المدونة [٤/ ١٤٥].

واختلفـوا فـي ذلك كله، فإنّه يصفه الذي هو بيده، ثـمّ يحلف علىٰ صفته، ثمّ يقام علىٰ ما وصف:

- فإن كان قدر ما يدَّعي، أُحْلِفَ علىٰ ما ادَّعىٰ.

- وإن كان أكثـر ممـا يدَّعي، أُحْلِفَ علىٰ الذي زعم أنّـه له فيه، ثمّ قاصُّوه بما بلغ ثمنه، ثمّ أحلف الذي عليه الحق علىٰ الفضل، فإن حلف بطل عنه ما أنكر بعد قيمته، وإن نكل، لزمه ما بقي(١) من الحق بعد قيمته(٢).

إنّمـا قـال ذلك؛ لِمَا ذكرنـا: أنَّ الرهن جُعِل في الرجـوع إلىٰ قيمته متىٰ تنازعا في الحق؛ لأنّه وثيقةٌ بالحق وشاهدٌ به، كالشهادة أَنَّهَا وثيقةٌ للحق ومصدقةٌ لصاحبـه، وإذا كان كذلـك، ثمّ اختلفا فـي قيمة الرهن، رُجِعَ فـي ذلك إلىٰ صفة المُرْتَهِنِ ويحلف عليها؛ لأنّه مؤتمنٌ عليها؛ ولأنه غارمٌ أيضـًا، والقول قول الغارم [١/٨/أ](٣) مـع يمينـه، ثمّ يُرجع بعد ثبـوت قيمة الرهن في الدَّين إلـىٰ ما ذكرناه من الزيادة والنقصان، والحكم فيه كما ذكرناه فيما تقدَّم سواءٌ.



[١٢٠٨] قـال: وإن كان الرهن موضوعـًا علىٰ يدي رجلٍ فهلك، ثمّ تداعيا فيمـا رُهِنَ به، فلا صفـة فيه ولا تصديق، والقول قول الذي عليـه الدَّين مع يمينه، بمنزلة ما لو لم يكن، ثَمَّ رهن(٤).

---

(١) قوله: «بقي»، كذا في شب، وفي المطبوع: «نفىٰ».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٣)، الموطأ [٤/ ١٠٦٠].

(٣) هذه الصفحة مكررة في [١/ ٩/ أ].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٦٤)، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٢٩].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الراهن لم يأتمن المرتهن علىٰ الرهن، ولم يجعله شاهداً له إذا تلف في يده، ثمّ تنازعا في الحق أنّه يرجع إلىٰ قيمته؛ لأنَّ تلفه ليس من جهة المرتهن ولا من سببه ولا في يده، وإذا كان كذلك، كان الرهن كأنه لم يكن في الرجوع إلىٰ قيمته في مبلغ الدَّين.

ألا ترىٰ: أنّه لا يرجع في إلزام المرتهن قيمته إذا تلف في يد المؤتمن، سواءٌ تلف بفعل المؤتمن أو بغير فعله، أو علم تلفه أو لم يعلم ذلك.

فلمَّا لم يكن حكمه في كلّ ذلك حكم الرهن إذا كان في يد المرتهن، وكان حكم ذلك كلّه كأنه لم يكن الرهن، فكذلك هو كأنه لم يكن في أنّه لا يرجع إلىٰ قيمته في مبلغ الدَّين إذا اختلفا فيه، والله أعلم.

وإنما صار الحكم كذلك؛ لأنَّ الراهن والمرتهن دخلا جميعاً علىٰ أنَّ حكم الرهن إذا كان علىٰ يدي غير المرتهن ممن رضيا به، بخلاف حكمه إذا كان في يد المرتهن، وإذا كان كذلك، وجب أن يكون ذلك في كلّ شيءٍ، وأن لا تكون قيمته شاهدةً بمبلغ حقِّ المرتهن، والله أعلم.

❀❀❀

[١٢٠٩] مسألة: قال: ومن ارتهن سوارين، ثمّ هلكا، فتداعيا في قيمتهما، فقال الذي هما في يديه: «قيمتهما دينارٌ» - ولا يكون مثلهما إلّا من ثلاثةٍ فصاعداً -، وقال الراهن: «عشرون»، فإنّه يحلف الذي في يده الرهن: «ما قيمتهما أكثر من ثلاثةٍ» ثمّ يبرأ، فإن نكل، حلف الراهن علىٰ ما ادَّعىٰ وأخذ حقَّه[١].

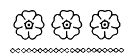
(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ كلّ من ادَّعىٰ دعوىٰ تخرج عن العرف [١/٨/ب][(١)] الذي يعرفه الناس، لم يقبل قوله ذلك منه، ورُجِعَ إلىٰ ما يعرف من ذلك.

فإذا قال المرتهن: «إنَّ قيمتهما دينارٌ»، وليس يكونان كذلك في الأغلب، لم يقبل قوله، وكان القول قوله مع يمينه في مقدار ما يكونان من مثله في الأغلب، ثمّ يغرم ذلك.

ولا يكون القول قول الراهن فيما زاد علىٰ ذلك؛ لأنّه مدَّعٍ وعليه البينة، وعلىٰ المرتهن اليمين لأنّه منكِرٌ.

فإن نكل عن اليمين حلف الراهن علىٰ ما ادَّعاه وأخذه، كما يكون ذلك في سائر الدعاوىٰ علىٰ ما بيَّنَّاه.



[١٢١٠] مسألة: قال: ومن باع رهنًا بغير أمر صاحبه، فزعم أنّه باعه بخمسةٍ، وقال الراهن: «ثمنه عشرون»، وهما مقران بالحق الذي فيه، فإن لم تعرف للرهن صفةٌ صُدِّقَ المرتهن وعليه اليمين، وطلب بقية حقِّه[(٢)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن غارمٌ لقيمة الرهن، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنَّ كلّ غارمٍ لشيءٍ فالقول قوله مع يمينه؛ لأنّه معترفٌ بما يذكره، والآخر مدَّعٍ عليه زيادة القيمة، فعليه البيّنة علىٰ ذلك.

---

(١) هذه الصفحة مكررة في [١/ ٩/ ب].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٤)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٨٨]، البيان والتحصيل [١١/ ٨١].



وهذا إذا لم تُعرف صفة الرهن، فأمّا إذا عُرِفت ببينةٍ تقوم فإنّه يرجع إلىٰ قول البينة، أو معرفة المرتهن بها، ويحلف علىٰ صفتها.

❀❀❀

[١٢١١] مسألة: قال: **ويَضْمَنُ من الرهون كلّ ما كان من حلي أو متاعٍ أو ما أشبه ذلك مما يُغَابُ عليه، ولا يضمن حيوانًا ولا ربعًا**[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن ليس بمؤتمنٍ علىٰ الرهن؛ لأنّه إنّما قبض الرهن لمنفعة نفسه، وصفة المؤتمن هو أن يقبض الشّيء لمنفعة ربه، كالمودَعِ، وإذا كان كذلك، لم يقبل قوله علىٰ تلف الرهن إذا لم يظهر تلفه، أو تقوم بينةٌ علىٰ تلفه إذا كان مما يخفىٰ تلفه.

فأمّا إذا قامت البيّنة علىٰ تلفه أو ظهر ذلك، لم يكن عليه غرم قيمته؛ لأنّه ليس بمتعدٍّ في القبض كالغاصب فيلزمه غرم [١/١٠/أ] ما تلف في يده، ولا هو مالكٌ له فيكون تلفه منه.

فوجب لهذه العلة أن يكون تلفه من الراهن إذا عُلِم ذلك، وقد قال رسول الله صلىٰ الله عليه: «**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»[٢].

❀❀❀

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٤)، المختصر الصغير، ص (٦٤٣)، الموطأ [٤/ ١٠٥٦]، المدونة [٤/ ١٣٣]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٨٦].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٠٤، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٥٩]، عن الأبهري شرح المسألة.

[١٢١٢] مسألة: قال: ولا ضمان على مُؤتمنٍ وضع الرهن على يديه إذا تلف(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن(٢) هو مُودَعٌ للرهن ولا غرم عليه إذا لم يتلف الشّيء بفعله؛ لأنّه لم يقبض الشّيء لمنفعة نفسه، وإنما قبضه لغيره.

❀❀❀

[١٢١٣] مسألة: قال: ومن ارتهن رهنًا وتحملَّ رجلان بما فيه من نقصان، ثمّ تلف الرهن، غرم الرجلان ما تحملا به وهو أصل الحق(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الرهن إذا نقص عن أصل الحق لزم الحميل غُرْم ما نقص؛ لضمانه بالنقصان، فكذلك إذا تلف الرهن كله لزمه غُرْم أصل الحق لضمانه لذلك.

وكان معنى المسألة: أنَّ الضامن قال للمضمون له: «إنك إن لم تصل إلى حقك من الرهن، فأنا ضامنٌ لحقك».

❀❀❀

[١٢١٤] مسألة: قال: ومن كان لهما رهنٌ، فأنظر أحدهما بحقه وقام الآخر به:

⇦ **فإن كان يُقْدَر على قسمه ولا ينقص من حق الذي قام برهنه، بِيعَ له.**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٤)، المختصر الصغير، ص (٦٤٥)، المدونة [٤/ ١٣٢].

(٢) قوله: «المرتهن»، كذا في شب، ولعلَّ صوابها: «المؤتمن».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦٤).

⇦ **وإن خيف أن ينقص حقه، بيع الرهن كله، فقُضِيَ الذي قام بحقه ودُفِع الثمن إلىٰ الراهن إن طابت نفس المنظر، وَإِلّا حلف بالله: «ما أنظرته إلّا ليوقف»، ثمّ يعطىٰ حقه**(١).

✍ إنّما قال: «إنه يقسم الرهن»؛ فلأنَّ حق كلّ واحدٍ من المرتهنين واجبٌ في الرهن، فليس أحدهما أولىٰ من الآخر، فإذا اختلف حقاهما، ثمّ أنظر به أحدهما، بيع من الرهن بحصة من لم ينظر ودفع إليه، وترك منه مقدار حق الباقي إن انقسم الرهن، إذا كان كالحنطة والثياب وما أشبه ذلك، وإن كان لا ينقسم، بيع كله ثمّ وُفِّيَ الذي لم ينظر حقه، ودُفِعَ إلىٰ [١/١٠/ب] الراهن ما بقي إلىٰ أجله إن أذن في ذلك المرتهن الثاني.

وإن لم يأذن، دُفِعَ إلىٰ المرتهن بعد أن يحلف؛ ليسقط الحق عن الراهن، ولم يوقف إلىٰ أجله؛ من قِبَلِ أنّه لا فائدة للراهن في وقف ذلك إلىٰ الأجل، بل قد يجوز أن يتلف فيلحقه في ذلك غررٌ.

❀❀❀

[١٢١٥] مسألة: قال: ومن رهن سيفًا فهلك المرتهن، ولم يعلم الورثة بكم هو رهن، فإنّه يحلف الراهن ما رهنه إلّا بدينارٍ، ثمّ يأخذه(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ملك الرهن قد ثبت للراهن، وليس يُدْرَىٰ كم الحق

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٤)، الموطأ [٤/ ١٠٥٧]، المدونة [٤/ ١٦٤]، النوادر والزيادات [١٠/ ٢١٩]، البيان والتحصيل [١١/ ٦٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٥)، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٣٤]، البيان والتحصيل [١١/ ١٩].

الـذي الرهـن عليـه، ولا يدَّعِي مقـداره أحدٌ فيُرجع إلـىٰ قيمة الرهـن فيما يدَّعيه المرتهن، فكان القول قول الراهن مع يمينه في مقدار ما يذكره من الدَّين، إذ ليس هاهنا شيءٌ أولىٰ به منه.

❀❀❀

[١٢١٦] مسألة: قال: ومن رهن حلي امرأته فبيع، اتبعته بقيمته[١].

✍ يعني: إذا أذنت له في رهنه فبيع بالذي عليه، كان لها قيمته علىٰ الراهن وهو الزوج.

❀❀❀

[١٢١٧] مسألة: قال: ومن أُخْرِجَ إليه رهنٌ فأنكره، حلف المرتهن أنّه رَهْنُهُ[٢]، إلاّ أن يأتي أمرٌ يدل فيه علىٰ كذبه[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن مؤتمنٌ علىٰ عين الرهن، فالقول قوله مع يمينه إذا لم يأخذ الرهن ببينةٍ.

وليس كذلك أمره إذا تلف فيما يذكر؛ لأنّه ليس مصدقـًا علىٰ التلف؛ لقبضه الرهن لمنفعة نفسه، وهو مؤتمنٌ علىٰ عينه، فكان القول قوله مع يمينه[٤].

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٥)، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٤١].

(٢) قوله: «رَهْنُهُ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «هو بعينه».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦٥)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٩٣].

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٩٣]، هذه الفقرة عن الأبهري.

[١٢١٨] قال: وإن قال الراهن: «قد قضيته نصف حقه»، فلا يصدق، ولكن يغرم، ثمّ يأخذ رهنه، ويحلف من كان من الورثة يُتَّهم أنّه يعلم ذلك[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الراهن مدَّعٍ أنّه قد قضىٰ بعض الحق الذي علىٰ الراهن، فلا يقبل قوله إلّا ببيِّنةٍ، وَإِلّا حلف المرتهن أنّه لم يقبض حقه، أو ورثته إن كان قد مات؛ لأنّه منكرٌ لِمَا يُدَّعَىٰ عليه، و«**البَيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَىٰ المُنْكِرِ**»، كما قال رسول الله ﷺ[٢].

❀❀❀

[١/١١/أ] **[١٢١٩] مسألة: قال: ومن رهن رهنًا، ثمّ سأله: «أن يدفع إليه خيراً من رهنه»، فأبىٰ، فليس ذلك له إلّا برضا المرتهن.**

فإن باع الرَّهنَ، أعطىٰ المرتهن الثمن في حقه، حلَّ أو لم يحلَّ، ويمضي البيع[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الرهن قد وجب فيه حقٌّ للمرتهن، فليس عليه رد ذلك علىٰ الراهن وأخذ غيره إلّا أن يحب ذلك، كما لو اكترىٰ شيئًا، ثمّ طلب المكري منه أن يرده إليه ويدفع غيره، لم يكن ذلك علىٰ المكتري، فكذلك الرهن مثله.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٥)، المدونة [٤/ ١٤٠].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٩٧ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦٥)، المدونة [٤/ ١٣٣]، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٠٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٠٨]، البيان والتحصيل [١١/ ٢٩].

فأمّا إذا باع الراهن الرهن، فإنَّ المرتهن بالخيار، إن شاء فسخ البيع وأخذ الرهن، وإن شاء أمضاه وأخذ ثمنه في حقه، الخيار إليه في ذلك؛ لأنَّ الراهن متعدٍّ والمرتهن متعدَّىٰ عليه، والخيار للمتعدَّىٰ عليه في الأصول علىٰ ما بيَّنَّاه فيما تقدَّم.

❀❀❀

[١٢٢٠] مسألة: قال: وإذا باع الراهن الرهن بإذن المرتهن، ثمّ قال: «أَذِنْتُ له ليدفع إليَّ حقِّي»(١)، فيَحْلِفُ علىٰ ما قال، ويوضع له رهنٌ يأخذ الثمن، فإن لم يضع له شيئًا وفّاه الثمن(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حق المرتهن قد وجب، فليس للراهن أن يبيع الرهن ولا يأخذه من يد المرتهن بغير رضاه.

فإذا قال: «إنّما أذنت له في البيع ليدفع إلي ثمنه»، كان القول قوله مع يمينه، لاحتمال أن يكون الأمر كما قال، إلّا أن يدفع إليه الراهن بدل رهنه ليكون حقّه فيه، ويكون الثمن للراهن، فإن لم يفعل ذلك الراهن كان الثمن للمرتهن؛ لأنّه بدلُ الرهن الذي قد تعلَّق حقُّه فيه.

❀❀❀

[١٢٢١] قال: ومن رهن رهنًا، ثمّ هلك وعليه بينةٌ تشهد علىٰ هلاكه وهو مما يضمن، فإنَّ ضمانه عليه.

---

(١) في المدونة [٤/ ١٣٣]، أن المرتهن قال: لم آذن للرّاهن في البيع ليأخذ الرّاهن الثمن.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٥)، المدونة [٤/ ١٣٣ و ١٥١].

وقال ابن القاسم: إذا ثبت معرفة هلاكه من غير سببه، فلا شيء عليه، وكذلك الضياع[1].

✍ إنّما قال: «إنه يضمن ما تلف من الرهن إذا كان مما يخفىٰ، وإن قامت البيّنة علىٰ تلفه»؛ لأنَّ أصل ما يخفىٰ هلاكه هو الضمان، [١/١١/ب] فليس يزول ضمانه، وإن عُلِمَ تلفه ببيِّنةٍ؛ لأنَّ قيام البيِّنة علىٰ ذلك نادرٌ، ولا يزول الأصل الذي هو الغالب بالنادر.

فهذه رواية عبد الله بن عبد الحكم، وقد قال غيره عن مالك: «إنه لا ضمان عليه إذا عُلِمَ تلفه»، وهو قول ابن القاسم، وكذلك الضياع.

وهذا هو الصحيح؛ من قِبَل أنّه إذا عُلِمَ تلفه من غير قوله ببيِّنةٍ تقوم، فهو غير متعدٍّ بتلفه ولا في كون الرهن في يده، فلم يكن عليه غرم قيمته.

ولو وجب عليه ذلك، كان كالغاصب، وهذا غلطٌ؛ لأنَّ الغاصب متعدٍّ بقبض المغصوب، وليس كذلك المرتهن.

ولا أخذه علىٰ طريق المعاوضة كالقرض فيكون ضامنًا له إذا تلف بصنعه أو غير صنعه؛ لأنَّ المستقرض دخل علىٰ رد مثل العين متىٰ تصرَّف فيها، وليس

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٥)، المدونة [٤/ ١٣٣]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٩٠]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٦٢].

كذلك المرتهن؛ لأنّه لم يقبض الرهن ليتصرف فيه، فاختلفا لهذه العلة، فلم يكن علىٰ المرتهن ضمانٌ[(١)].

❀❀❀

[١٢٢٢] مسألة: قال: وإذا بعث رجلٌ مع رجلٍ بثوبٍ يرهنه وأمره بشيءٍ، فزاد بغير علم صاحب الثوب، فطلب المرتهن عشرةً، وقال صاحب الثوب: «ما دفع إليّ إلّا خمسةً وما أمرته إلّا بذلك»، وأقر الرسول أو أنكر، فإنّه يؤخذ من صاحب الثوب العشرة إن كان ثمن الثوب ذلك، ويكون لصاحب الثوب قِبَلَ رسوله[(٢)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن القول قوله مع يمينه فيما ينكره من مبلغ الحق إلىٰ قيمة الرهن، فوجب أن تكون له العشرة إذا كانت قيمة الرهن ذلك أو أكثر؛ لأنّ المرتهن يقول: «لا أخرج الرهن عن يدي إلّا بما أُخِذَ مني منَ الدَّين»، فيكون ذلك له.

وسواءٌ أقرَّ الرسول أو أنكر، فإن أقرَّ رجع المرسِلُ عليه بالخمسة التي أخذها من المرتهن بغير أمره، وإن أنكر، حلف بالله أنّه لم يأخذ [١/١٢/أ] غير ما أمره، وهي الخمسة التي دفعها إلىٰ الآمر، ويغرم الآمر الخمسة.

❀❀❀

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٦٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٥)، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٣٦]، البيان والتحصيل [١١/ ٥].

[١٢٢٣] مسألة: قال: فإن زعم أنّه دفعها إليه، حلف وبرئ، وإن أنكر أن يكون أخذ من المرتهن إلّا خمسةً، حلف الرسول وبرئ، وكانت علىٰ صاحب الثوب[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الرسول مؤتمنٌ، فالقول قوله في دفع ذلك إلىٰ المرسل.

فإن أنكر أن يكون أخذ غير خمسةٍ فالقول قوله أيضًا مع يمينه؛ لأنَّ المرتهن مدَّعٍ عليه وهو منكِرٌ.

❀❀❀

[١٢٢٤] مسألة: قال: ومن أرهن حليًا، فأرهنه المرتهن من آخر، فكسره المرتهن الآخر، وادَّعىٰ صاحبه أنّ فيه مالاً كبيراً، فالقول قول الكاسر ويحلف، إلّا أن تكون للراهن بيِّنةٌ[(٢)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الكاسر له غارمٌ لقيمته، والقول قول الغارم مع يمينه في مبلغ ما يغرم من القيمة؛ لأنَّ الذي يدَّعي عليه أكثر من ذلك مُدَّعٍ وعليه البيِّنة.

ومعنىٰ هذه المسألة: إذا كان المرتهن الأول أرهنه بإذن الراهن، فإن كان بغير إذنه فهو متعدٍّ، وللراهن أن يأخذ قيمته منه يوم تعدَّىٰ بالرهن من غيره،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٦).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٦).

والقول قوله مع يمينه في القيمة، أو يأخذ قيمته من الكاسـر والقول قول الكاسـر مع يمينه، وهو المرتهن الثاني.

❀❀❀

[١٢٢٥] مسـألة: قال: ومن رهن سـاجًا فأُكِلَ(١)، فلا ضمـان عليه، وعليه اليمين: «ما أَضَعْتُ ولا أردت فساداً».

وإن كان أضاعه فلم يَنْظُرْ في شـيءٍ من أمره حتىٰ أصابه ذلك، فهو يشـبه أن يكون فيه شيءٌ(٢).

✍ إنّما قال: «إنه لا ضمان عليه إذ انفسـد»؛ لأنّه لا يتهيّأ له منع فسـاده ولا الاحتراز منه إذا حفظه حفظ مثله، فلا شيء عليه؛ لأنّه ليس بمتعدٍّ ولا مفرِّطٍ.

فأمّـا إذا فـرَّطَ في حفظه فعليه ضمانـه؛ لأنّه قد فرَّط فـي حفظه وتعدَّىٰ في ذلك، فلزمه قيمته بالتعدِّي.

والسّاج: هو كساءٌ يشبه الطّيلسان.

❀❀❀

[١٢٢٦] مسـألة: قال: وإذا اختلف الراهن والمرتهن، فالقول قول المرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن يوم يختلفان حين اختلفا(٣).

[١/١٢/ب] ✍ يعني: إذا اختلفا في مبلغ الدَّين كم هو.

---

(١) قوله: «فأُكِلَ»، يعني: أكله السّوس ونحوه، كما في النوادر والزيادات [١٠/ ١٨٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٦)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٨٩].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦٦)، المدونة [٤/ ١٤٥]، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٢٩].

والقـول قول المرتهن مع يمينـه إلىٰ مبلغ الرهن؛ لأنَّ الرهن هو كالشـاهد أنّه يُرجَع إلىٰ قوله في مبلغ الحق، وكذلك يرجع إلىٰ قيمة الرهن في مبلغ الحق، ولولا ذلك لم تكن للرهن فائدةٌ.

فـإن قيل: فائدته أنّه وثيقةٌ لحقه، متىٰ فلَّس الراهن أو مات فالمرتهن أولىٰ به.

قيل لـه: حفظ أصل الحق ومعرفة قـدره، هي من أكبر الفوائـد التي جُعِل الرهن من أجلها.

ألا ترىٰ: إلـىٰ قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ [البقرة:٢٨٣]، فجعـل الرهـن كالكتابة في الوثيقة في الحق، ثمّ وعـظ الذي عليه الحق عند عدم الرهـن والكتابـة، فقـال: ﴿فَإِنۡ أَمِنَ بَعۡضُكُم بَعۡضٗا فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلۡيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥۗ﴾، فـدلَّ أنَّ وجـود الرهـن والرجوع إلىٰ مبلغـه في الدَّين كوجـود البيِّنة، أنّه يرجع إلىٰ قولها في مبلغ الدَّين، وقد ذكرنا هذا فيما تقدَّم.

❀❀❀

[١٢٢٧] مسألة: قال: ومن ارتهن ثوبـًا بعشرةٍ بشهودٍ علانيةً، ثمّ زاد فيه ثمن الخمسـة، فلمَّا تقاضاه حقه ادّعىٰ الخمسة عشر، فعلىٰ المرتهن البينة، وَإِلّا حلف الراهن: «ما ازددت منه شيئًا» وكان القول قوله(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الرَّهن قد ثَبَتَ ما رُهِنَ به بشهادة الشهود علىٰ مقدار

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٦٦)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ٢٢٩]، البيان والتحصيل [١١/ ٤٧].

الحق، فكانت شهادتهم أولىٰ من الرجوع إلىٰ قيمته؛ لأنَّ شهادة الشهود أقوىٰ من شهادة الرهن، فكان قولهم أولىٰ.

ولم يقبل قول المرتهن فيما يدّعي من الزيادة إلّا ببيِّنةٍ، وَإِلّا حلف الراهن وبرئ منها؛ لأنَّ المرتهن مدَّعٍ للزيادة علىٰ ما ثبت الرهن به من الحق، والراهن منكِرٌ، فعليه اليمين، والبيِّنة علىٰ المرتهن.

❀❀❀

[١٢٢٨] مسألة: قال: ومن طلب من رجلٍ حُليًا، فزعم أنّه عنده وديعةٌ، وقال الذي هو في يديه: «بل رهنٌ»، فالقول قول ربِّ الحلي ويحلف[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الذي في يده [١/١٣/أ] الحلي قد أقر أنَّ ملكه للذي يدَّعيه وادَّعىٰ أنّه رَهَنَهُ إياه، فالقول قول ربِّه أنّه لم يرهنه؛ لأنَّ الذي في يده مدَّعٍ عليه حقًا قد وجب في ملكه، وصاحب الملك منكِرٌ، فعلىٰ المدَّعي البيِّنة وعلىٰ المنكِرِ اليمين.

❀❀❀

[١٢٢٩] مسألة: قال: ومن ارتهن عبداً فجَرَحَ، فأسلم الرّجل عبده وماله إلىٰ المجروح، فقال الغريم: «أنا آخذه وأؤدِّي ثمن الجرح»، فليس له أن يأخذ ماله؛ لأنّه لم يكن رهنًا، ولكن:

⇦ **إن شاء أن يأخذ العبد الذي هو رهنه بثمن الجرح ويُرْجِعَ المال إلىٰ سيده، فعل.**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٦)، المدونة [٤/ ١٤٥].

⇦ **وإن شاء ترك**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ مال العبد لم يكن رهناً فيدخل في الرهن متىٰ افتك المرتَهِـنُ العبد بجنايته؛ لأنّه إذ افتكه بجنايته بقّاه علىٰ ما كان عليه في الأصل من الرهن، ولم يكن ماله رهناً معه.

❀❀❀

[١٢٣٠] قال: وقد قيل: إذا أسلمه سيده، كان للمرتهن أن يفديه إن شاء، ويكون ما افتداه به في رقبة العبد وماله لا يدخل علىٰ السيد.

وإن كان في ثمن العبد فضلٌ عما افتداه به، كان للسيد، وإن كان ثمنه أقل، فلا شيء له.

وإنما كان له أن يفديه؛ لأنّه كان يرجو أن يكون له فضلٌ، والأول أعجب إلينا(٢).

✍ وجه هذا القول: هو أنَّ المرتهن إذا افتَكَّ العبدَ بجنايته فقد وجب له العبد بماله؛ لأنّه لولاه لكان المجني عليه يأخذه بماله، فإن شاء سيد العبد أخذ العبد وماله بعد أن يدفع إلىٰ المرتهن حقه من الدَّين وما زاد عليه مما افتكه به من أرش الجناية، وإن شاء تركه له إن زادت قيمته عن الدَّين، وإن نقصت قيمته عن الدَّين، كان للمرتهن أخذ ما نقص من دَينه من مال سيِّده.

وهذا إذا افتداه المرتهن بغير أمر الراهن، فأمّا إذا افتداه بأمره، فإنَّ ما زاد

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٧)، المدونة [٤/ ١٤٥]، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٢٤].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٧)، المدونة [٤/ ١٤٥].

علىٰ حقه مما افتداه به فهو علىٰ السيد يدفعه إلىٰ المرتهن مع حقه ويأخذ [١/١٣/ب] عبده، أو يباع في دينه ويتبعه المرتهن بما تبقىٰ من الدَّين وما زاد عليه مما افتك به العبد من أرش الجناية.

❀❀❀

[١٢٣١] مسألة: قال: ومن ارتهن زرعًا فأصابته عاهةٌ، فأخذ مالاً من غيره فأصلحه به حتىٰ انتعش، فالأول يبدأ، ثمّ الثاني[١].

✍ يعني: أنّه يُبْدَأ بالذي جُنِيَ الزرع بماله؛ لأنّه أقوىٰ سببًا من غيره، ثمّ بالآخر بعده؛ لأنّه لولا ما حيي به من مال الآخر، لم يُنتَفع بمال الأول، فوجب أن يبدأ الأول فالأول، يعني: الأول الذي حيي الزرع به، وهو الذي أنفق ماله آخراً، يبدأ به؛ لأنَّ الزرع بماله حيي، ثمّ الذي يليه.

وهذا معنىٰ قوله: يبدأ بالأول فالأول، أي: الأولىٰ فالأولىٰ.

❀❀❀

[١٢٣٢] مسألة: قال: ومن ارتهن رهنًا، فطلبه صاحبه ليبيعه ويدفع إليه ثمنه، فليس ذلك له حتىٰ يرضىٰ المرتهن[٢].

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٨٤ و ٢٢٩]، البيان والتحصيل [١١/ ١١].
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٧).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الرهن قد وجب رهناً للمرتهن وتعلق حقه فيه، فليس للراهن أن يبيعه ولا يخرجه عن يد المرتهن إلّا برضاه.

❀❀❀

[١٢٣٣] مسألة: قال: ومن ارتهن داراً ذات غلةٍ، ثمّ قال لصاحب الدار: «استأجِروني أتقاضىٰ غلتكم وآخذ الخراج بإجارةٍ معلومةٍ»، فلا بأس بذلك[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الرهن لا يخرج عن يد المرتهن وإن استأجره الراهن لقيامه عليه وحفظه؛ لأنّه لا ينتقل عن يده إلىٰ يد غيره، وإنما الذي يكره أن يخرج من يد المرتهن إلىٰ غيره ممن لا يقوم مقامَه.

❀❀❀

[١٢٣٤] مسألة: قال: ولو قال رجلٌ لرجلٍ: «قد أحرزْتُ لك رهنك، فأسلف فلانًا» - لرهنٍ[٢] كان يريد أن يضعه علىٰ يديه -، فدفع بقوله، فإنّه ضامنٌ للتفليس، ويحاصُّه الغرماء[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الذي قال للمرتهن: «قد أحرزت رهنك»، وهو لم يحرزه، قد غرَّه في دفعه ماله إلىٰ الراهن، بل قد ضمن له توفية حقه من الرهن

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٨٦]، البيان والتحصيل [١١/ ١٤].

(٢) قوله: «لرهنٍ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «لمعين».

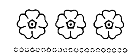
(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٩٨]، البيان والتحصيل [١١/ ١٥].

الـذي ذكر أنّه قد قبضه، فعليه [١/١٤/أ] دفع الحـق إلىٰ المرتهن؛ لأنَّ المرتهن علىٰ ذلـك دَفَعَ المال إلىٰ الراهـن، فمتىٰ لم يدفع إليه حقه مـن الرهن الذي ضمنه له، وجـب عليـه أن يدفع إليه من ماله، وقد قال عثمـان رضي الله عنه: «**لَا تَوىً عَلَىٰ مَالِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ**»(١).

۞۞۞

[١٢٣٥] مسـألة: قال: وإذا رهن رجلان داراً، ثمّ مات أحدهما قبل الأجل، فقد حل ما علىٰ الميت منهما في نصيبه(٢).

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنَّ الدَّين يحل بموت الذي عليه وفَلَسـه؛ لزوال ملك الميت، وخراب ذمَّة المفلس، ووجوب تفرقة مال الميت علىٰ ورثته، وقسم مال المفلـس علىٰ غرمائه، وكان الدَّين أولىٰ من الميراث، فوجب تقدمتُه لهذه العلة، وبقي نصيب الحي حتىٰ يحل الدَّين.



[١٢٣٦] مسألة: قال: ونفقة الرهن علىٰ صاحبه(٣).

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنَّ ملك الرهن هو للراهن، لا ينتقـل بكونه رهنـاً عن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ٦٥٦]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [١١/ ٥٤٧] من طريق معاوية بن قرة، عن عثمان، والشارح سيعلّ هذا الأثر حين يذكر اعتراضاً علىٰ مذهب مالك، كما في المسألة رقم ١٦٣٥، في حين أنّه يستدل به في هذا الموضع.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٢١].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦٧)، المدونـة [٤/ ١٣٤ و ١٤٦]، النـوادر والزيـادات [١٠/ ١٨٣]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٦٨].

ملكـه، فوجـب نفقته عليـه وكان له غلته، وقد قـال رسـول الله صلىٰ الله عليه: «**الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»(١)، يريد: له غلته، وعليه نفقته(٢).

❀❀❀

[١٢٣٧] مسألة: **قال: والرهن أولىٰ من الكفن**(٣).

✍ إنّما قال ذلك، لأنَّ المرتهـن قد وجب حقه في الرهن وتعلق به، فصار أولىٰ من غيره كائنـًا ما كان، من ربه وغير ربه.

ألا ترىٰ: أنَّه ليس لأحدٍ أخذه من يده ولا إخراجه عن رهنه إلّا بإذنه أو دفع الحـق إليه، فلمَّا لم يكن لربه أن يأخـذه في حال الحياة بغير إذنه حتىٰ يوفيه حقه، فكذلـك إذا مات لم يكن ذلك لورثته؛ لأنَّ الورثة يقومون مقامه فيما كان يملكه، وليس لهم ما لم يكن له.

❀❀❀

[١٢٣٨] مسألة: **قال: ومن رهن غلامـًا له، ثمّ حلف بعتقه، فحنث وليس له مالٌ غيره، فلا يجوز عتقه، كانت يمينه قبل أن يرهنه أو بعدما رهنه**(٤).

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٠٤ .

(٢) نقل الباجي هذا التفسير عن الأبهري في المنتقىٰ [٥/ ٢٤٠]، والتلمسـاني في شـرح التفريع [٩/ ٦٨].

(٣) المختصـر الكبيـر، ص (٢٦٧)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ١٠ و ٢٤٢]، البيـان والتحصيل [١١/ ٣٦].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٦٨).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حق المرتهن قد تعلَّق بالرهن وهو العبد، فليس للراهن أن يعتقه؛ لأنَّ في ذلك إبطال حق المرتهن.

ألا ترىٰ: أنَّه ليس [١/ ١٤/ب] له أن يبيعه بغير إذن مرتهنه.

وسواءٌ كانت يمينه قبل رهنه أو بعده، يعني: عقد يمينه بعتقه؛ لأنّه لا يجوز أن يعتقه بعد رهنه، سواءٌ كان عقد اليمين بعد الرهن أو قبله؛ لأنّ العتق بعد رهنه، ولا يجوز عتق الراهن الرهن من غير إذن المرتهن أو دفع الحق إليه.

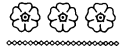
وهذا إذا لم يملك الراهن مالاً غير العبد المرهون، فأمّا إذا كان له مالٌ غيره جاز عتقه وأُخِذ حق المرتهن منه، أو يدفع إليه رهنـًا بدل رهنه.

❀❀❀

[١٢٣٩] مسألة: قال: ومن رهن حائطـًا ليتيمٍ، ثمّ باعه من رجلٍ، فالبيع مردودٌ، وليس ذلك له إلّا برضا المرتهن(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حق المرتهن قد وجب في الرهن، فليس يجوز لأحدٍ إخراج الرهن عن يده بغير إذنه، أو دفع الحق إليه، لا ببيعٍ ولا غيره.

وهذا إذا كان الذي رهنه ممن يجوز رهنه علىٰ اليتيم، فأمّا إذا كان ممن لا يجوز ذلك له، فرهنه باطلٌ وفعله باطلٌ.



(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٨).

[١٢٤٠] مسألة: قال: ومن وضع رهنه علىٰ يدي رجلٍ، ثمّ عدوا عليه فباعوه، فإنّه يأخذ رهنه حيث وجده، فإن فات أخذ حقه حالاً إن رضي بذلك.

وإن تعدَّىٰ الذي وُضِع الرهن علىٰ يديه فباعه ولم يكن له مالٌ، لم يحل الحق علىٰ الراهن، وكان إلىٰ أجله[١].

✍ إنّما قال ذلك: «إنَّ المرتهن يأخذ الرهن إذا بيع بغير أمره إن شاء أو أَخَذَ ثمنه»؛ فلأنَّ الرهن قد تعلَّق به حقٌّ للمرتهن، فليس لأحدٍ إخراجه إلّا بإذن المرتهن، أو دفع حقه إليه إذا رضي بذلك المرتهن، ومتىٰ تعدَّىٰ أحدٌ فباعه ممن وُضِعَ علىٰ يديه، فللمرتهن أخذه حيث وجده، أو أخذ دينه ممن باعه إن لم يجد الرهن أو كان قد فات.

فإن لم يكن له مالٌ، لم يكن له أخذ الحق من الراهن حتىٰ يحل أجله؛ لأنَّ الراهن لم يتعدَّ في بيع الرهن، وليس عليه من تعدِّي غيره شيءٌ، وعليه دفع الحق الذي كان الرهن به إذا حلَّ أجله.

❀❀❀

[١٢٤١] مسألة: قال: ومن رهن أمةً [١/١٥/أ] **بغير ولدها - ولها ولدٌ صغيرٌ -، فذلك جائزٌ، وإذا بيعت، بيع معها ولدها، فكان له[٢] في رهنه ثمن الوليدة، ولم يكن له أولادها، فإن فضل له من حقه شيءٌ، كان أسوة الغرماء في ثمن الولد[٣].**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٨).

(٢) يعني: للمرتهن.

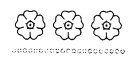
(٣) المختصر الكبير، ص (٢٦٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٨٣]، البيان والتحصيل [١١/ ٤٢].

✍ إنّما أجاز رهن الأمة دون ولدها؛ لأنَّ الرهن ليس هو إخراج ملك الأمة عن الراهن إلىٰ المرتهن، وإنما هو وثيقةٌ للمرتهن، وإنما مُنِعَ من التفرقة بينهما في البيع؛ لأنّه إخراج ملكٍ، فأمّا إذا لم يكن إخراج ملكٍ جاز.

ألا ترىٰ: أنَّ له أن يؤاجر الأم دون الولد، فكذلك يجوز ذلك في الرهن.

ثم تباع الأم مع ولدها إذا حل الأجل الحق؛ لأنّه لا يجوز التفرقة بينهما في البيع؛ لأنّه إخراج ملكٍ، ثمّ تكون للراهن حصة الولد من الثمن، وللمرتهن حصة الأم من الثمن.

فإن بقي من دَيْنِه شيءٌ شارك المرتهن سائر الغرماء في ثمن الولد؛ لأنّه مثلهم، ولا يشاركه الغرماء في ثمن الأم؛ لأنّه أولىٰ بالرهن منهم، فكذلك هو أولىٰ بثمنه منهم.



[١٢٤٢] مسألة: قال: **ومن رهن رجلاً رهنًا بدَينٍ إلىٰ سنةٍ وحازه، ثمّ ابتاع من آخر شيئًا إلىٰ شهرٍ ورهنه فضل الرهن الأول، فحل أجل المرتهن الآخر قبل الأول، ولم يكن علم الآخر أنَّ الأول إلىٰ سنةٍ، فيباع الرهن ويعطىٰ حقه من ثمنه، ويعطىٰ الآخر ما فضل، ولا يؤخر الأول إلىٰ أجله**[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن الآخر إنّما دخل علىٰ أن يباع الرهن إذا حل

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٧٧]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٠٧].

أجـل الحق ويُعطىٰ حقه من ثمنـه إن لم يكن يعطيه الراهن ذلك من ماله، فوجب أن يباع له الرهن، ثمّ يدفع إليه ما فضل عن حق المرتهن الأول.

ويدفـع إلىٰ المرتهـن الأول حقه أيضـًا ولا يوقف إلىٰ أجلـه؛ لأنّه ليس في ذلـك منفعةٌ للراهن ولا المرتهن، بل قد يلحق الراهن ضررٌ بوقفه، وهو أن يتلف فيحتـاج أن يغرم حـق المرتهن ثانيةً، وهـذا ضررٌ عليه وعلـىٰ المرتهن، وقد قال رسول الله [١/١٥/ب] ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»[1].

ولأنَّ المرتهن الثاني دخل أيضـًا علىٰ تقدمة المرتهن الأول عليه، وأنه إنّما يأخذ ما فضل عن حق الأول.

وهذا إذا كان رهن الثاني بإذن الأول، فإن كان بغير إذنه لم يجز رهنه، وكان الرهن كله رهنـًا للأول بحقه، ولا شيء للمرتهن الثاني؛ لأنَّ الراهن متعدٍّ بالرهن الثاني، فوجب ردُّ تعدِّيه، ولا يلزم ذلك المرتهن الأول.



(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

باب العارية

[١٢٤٣] قال: ومن استعار دابَّةً ولم يتعدَّ عليها، فلا ضمان عليه[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المستعير:

ليس متعدِّياً بالقبض كالغاصب فيلزمه ما تلف في يديه من غير صنعه.

ولا هو مثل المستقرض الذي قبض ليرد مثله بدلاً مما قبضه.

وإنما قبض العارية لينتفع بها، ثمّ يرد عينها إن بقيت، وإن تلفت، فلا ضمان عليه إذا لم يكن تلفها بسببه.

فإن قيل: قد قال النبيُّ ﷺ: «**العَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ**»[٢][٣]؟

قيل له: معنىٰ قوله صلىٰ الله عليه «**العَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ**»: أي: ضمان الردِّ؛ لأنَّ صفوان الجمحي قال له: «**أَغَصْبٌ أَمْ عَارِيَةٌ يَا مُحَمَّدُ؟، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ**»، أي: مؤدّاةٌ؛ لأنَّ صفوان ظنَّ أنَّ النبيَّ ﷺ لا يردُّ عليه ما استعاره[٤].

وقد رَوَىٰ إسماعيل بن عياش، عن شرحبيل بن مسلم الخولاني[٥]، قال:

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٩)، المختصر الصغير، ص (٦٤٧).

(٢) أخرجه أبو داود [٤/ ٢٠٢]، وهو في التحفة [٤/ ١٨٩].

(٣) ينظر الاعتراض في: العدة شرح العمدة، ص (٢٩٥).

(٤) نقل التلمساني هذا الشرح عن الأبهري في شرح التفريع [٩/ ١١٢].

(٥) شرحبيل بن مسلم بن حامد الخولاني الشامي، صدوق فيه لِينٌ، من الثالثة. تقريب

سمعت أبا أمامة الباهلي يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول في حجة الوداع: «**العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ**»[(١)].

ورَوَىٰ عبدة[(٢)]، عن سعيد، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، عن النبيِّ ﷺ قال: «**عَلَىٰ اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تُؤَدِّيَهُ**»[(٣)].

ومعنىٰ قوله: «**مُؤَدَّاةٌ**»، كقول الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء:٥٨]، فإذا تلفت الأمانة لم يكن علىٰ المؤتمن شيءٌ، فكذلك العارية إذا عُلِم [١/١٦/أ] أَنَّهَا قد تلفت؛ لأنَّه لم يأخذها علىٰ الضمان، ولا هو متعدٍّ بالأخذ.

ورَوَىٰ وكيع، عن علي بن صالح[(٤)]، عن عبد الأعلىٰ، عن محمد بن الحنفية، عن علي عليه السلام قال: «**العَارِيَةُ لَيْسَ بِبَيْعٍ وَلَا مَضْمُونَةً، إِنَّمَا هُوَ مَعْرُوفٌ، إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ فَيُضَمَّنَ**»[(٥)].

التهذيب، ص (٤٣٤).

(١) أخرجه أبو داود [٤/ ٢٠٣]، والترمذي [٢/ ٥٤٤]، وابن ماجه [٣/ ٤٧٧]، والنسائي في الكبرىٰ [٥/ ٢٣٢]، وهو في التحفة [٤/ ١٦٩].

(٢) عبدة بن سليمان الكلابي الكوفي، ثقة ثبت، من صغار الثامنة. تقريب التهذيب، ص (٦٣٥).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ٦٢٠]، وأبو داود [٤/ ٢٠٢]، والترمذي [٢/ ٥٤٤]، وابن ماجه [٣/ ٤٧٩] وهو في التحفة [٤/ ٦٦].

(٤) علي بن صالح بن صالح بن حي الهمداني، أبو محمد الكوفي أخو حسن، ثقة عابد، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٦٩٨).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ٦١٧]، وعبد الرزاق [٨/ ١٧٩].

وهذا قول جماعة من التابعين، منهم: شريح، وإبراهيم، والحسن.

❀❀❀

[١٢٤٤] قال: ويضمن العارية كلها، ما ضاع أو انكسر من الحلي أو الثياب، ولا يضمن الحيوان إلّا ما تعدَّىٰ به، وكذلك الرهون.

ومن نزل به أمرٌ من الله جَلَّ وَعَزَّ ببيِّنةٍ تقوم بعذره، لم يفرِّط ولم يضيِّع، فلا ضمان عليه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المستعير ليس قبضه العارية علىٰ وجه الأمانة مفردةً، بل قبَضَهَا لمنفعة نفسه، فإذا عُلِم هلاكها من غير صنعه لم يكن عليه شيءٌ.

وإذا لم يعلم ذلك، ضمن قيمتها؛ لأنّه غير مُصَدَّقٍ علىٰ التلف، وإنما يُصَدَّقُ علىٰ تلف الشّيء مَنْ قَبَضَ الشيءَ لمنفعة ربِّه، كالمودع، دون غيره من المستعير والمرتهن(٢).

فأمّا إذا تلفت بتعدِّيه عليها لزمه قيمتها؛ لجنايته عليها، بمنزلة ما لو تعدَّىٰ عليها وهي في يد ربها، فعليه قيمتها.

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٩)، المختصر الصغير، ص (٦٤٧)، المدونة [٤/ ٤٤٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١١١].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١١٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

[١٢٤٥] مسـألة: قال: ومن أعار رجلاً دابَّـةً إلىٰ أجلٍ، فليس له أخذها إلىٰ ذلك الأجل(١).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنّه قد ألزم نفســه فعل خيرٍ ومعـروفٍ وأوجبه في ماله لغيـره، فليس لـه أن يرجع فيه، كما لو أوجب شـيئًا من ماله هديـًا أو أضحيةً أو علىٰ وجه النذر، لم يكن له أن يرجع فيه، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة:١].

وقد رَوَىٰ محمد بن المنكدر(٢)، عن جابر، عن النبيِّ ﷺ قال: «**كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ**»(٣)، فليس يجوز الرجوع في الصدقة(٤).

❀❀❀

[١٢٤٦] مسـألة: قال: ومن أعار رجلاً نحاسـًا - طستًا(٥) **أو مهراسـًا**(٦) **أو**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٩)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٣)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١١٦].

(٢) محمد بـن المنكدر بـن عبد الله بـن الهدير التيمـي المدني، ثقة فاضل، مـن الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٨٩٩).

(٣) أخرجه البخاري (٦٠٢١)، وهو في التحفة [٢/ ٣٧٥].

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١١٦]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٥) قوله: «طستًا»، الطست: كلمة أعجمية، جمعها طسوت، إِنَاء كَبِير مستدير من نُحَاسٍ أَو نَحوه، يغسل فِيهِ. ينظر: المعجم الوسيط [٢/ ٥٥٧]، تاج العروس [٥/ ٥].

(٦) قوله: «مهراسـًا»، المهراس حجر منقور، مستطيل، ثقيل، يُدَقُّ فيـه الحب، ويُتوضأ منه، وقد استعير للخشبة التي يـدق فيها الحب، فقيـل لها مهراس. ينظـر: المغرب للمطرزي، ص (٥٠٢).

غيـر ذلك من المتاع - حياته، فذلك له، وليس له فيه [١/١٦/ب] **رجعةٌ، وشـراؤه منه جائزٌ إن شاء**[١].

✍ إنّمـا قـال: «إنَّه لا يرجع فيـه»؛ لِمَا ذكرنـاه: أنّه قد ألزم نفسـه فعل خيرٍ فـي مالـه لغيره، فليـس له أن يرجـع عنـه؛ لأنَّ فعل المعـروف صدقـةٌ، كما قال رسول الله ﷺ.

وقوله: «يشتريه منه»، فإنما يريد أن يعطي المعير للمعار شيئـًا علىٰ أن يخلي بينـه وبين العارية، وذلك جائزٌ، كما يجوز ذلك في العَرِيَّةِ[٢] أن يشـتريها المُعْرِي يخرصها ثمراً؛ لأنَّ فعله يحمل علىٰ غير وجه المتاجرة، فكذلك المعير، إنّما أراد رجوع الشّيء إليه، لا وجه المتاجرة في شراء منفعة العارية.

❀❀❀

[١٢٤٧] مسـألة: قـال: ومن اسـتعار دابَّةً إلـىٰ مكانٍ فتعـدَّىٰ[٣]، فصاحبها بالخيار:

⇦ **بين أن يُضَمِّنَه إياها يوم تعدَّىٰ بقيمتها.**

⇦ **وبين أن يكون له الكراء في التعدِّي**[٤].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٦٩).

(٢) قوله: «العَرِيَّة»، العرية هي أن يجعل الرّجل ثمر نخلته لرجلٍ محتاجٍ بأكل ثمرتها سنة أو سـنتين أو أكثـر من ذلك. ينظر: شـرح غريب ألفاظ المدونـة، ص (٩٦)، المغرب للمطرزي، ص (٣١٣).

(٣) في المدونة [٤/ ٤٤٨]: «فتعدَّىٰ فتلفت الدّابّة».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٦٩)، الموطأ [٤/ ١٠٦٠]، المدونة [٤/ ٤٤٨]، التفريع مع

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المتعدَّىٰ عليه قد جُعِل مخيراً، أعني: المجني عليه، أو ولي المقتول، بين القود والعفو، أو أخذ أرش الجناية إذا بُذلت له؛ لأنَّ المجني عليه مظلومٌ والجاني ظالمٌ، وقد قال الله عزَّ وجَلَّ: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورىٰ:٤٢]، فجعل المجني عليه مخيراً علىٰ الجاني؛ لئلا يعود الجاني لمثل فعله، وليرتدع غيره بذلك، فكان ربُّ الدابة مخيراً بين كراء الدّابة من حيث تعدَّىٰ، وبين أخذ قيمتها منه(١).

❀❀❀

[١٢٤٨] مسألة: قال: ومن استعار دابَّةً أو عبداً، فضلت أو أبق، فهو مصدَّقٌ وعليه اليمين.

وإن ادَّعىٰ أنَّه مات وله جيران لا يعلم بذلك أحدٌ منهم ولا غيرهم، فلا يصدَّق، إلّا أن يدَّعي إباقًا أو انفلاتًا فيعذر بذلك، إلّا أن يأتي ما يدل علىٰ كذبه.

وقد قيل: إنَّه لا شيء عليه، إلّا أن يأتي ما يدلُّ علىٰ كذبه(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ إِبَاقَ العبد وضلاله، وانفلات الدابَّة وضلالها، ليس هو مما يقدر المستعير علىٰ إظهار ذلك في الناس؛ لأنّه يحدث من غير علمه ولا

شرح التلمساني [٨/ ٢٢٨ و ٩/ ١٢٠].

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٢٢٩ و ٩/ ١٢١]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٦٩)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٢٣].

معرفتـه بذلك، فكان القـول [١/١٧/أ] قوله مع يمينه علىٰ مـا يذكر من ذلك؛ لأنا لا نعرف كذبه فيما يقول.

فأمّـا إذا ذكر مـوت ذلك، لم يقبل قولـه إلّا أن يأتي بمن يعـرف ذلك؛ لأنَّ مـوت العبد والدابَّة ليس يخفىٰ ذلك علىٰ غيره من الجيران ومن يقرب منه، ليس هو ينفرد به، ويقدر أيضـًا علىٰ إظهاره وإعلام جيرانه بذلك، فمتىٰ لم يفعل ذلك، فقد فرَّط وقصَّر، فلم يُقبل قوله(١).

❀❀❀

[١٢٤٩] مسألة: قال: ومن استعار دابَّةً إلىٰ بلدٍ فاختلفا، فقال المعير: «غير ذلك البلد»، فالقول قول المستعير إذا كان يشبه ما قال(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المستعير قد وجب له ركوب الدابة بحصول العارية له وقبضِه لها، فكان أقوىٰ سببـًا، وكان القول قوله مع يمينه.

ولأنَّ المعير يريد إبطال ما قد وجب للمستعير مـن العارية، فلا يقبل ذلك منـه، إلّا أن يأتي المسـتعير مـن ذلك بما لا يعرفه النّاس، ولـم تجر عادتهم به في

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٢٥]، شرح المسألة عن الأبهري.
(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٦٩)، المدونـة [٤/ ٤٤٧ و ٤٥٠]، النـوادر والزيـادات [١٠/ ٤٦٢]، البيان والتحصيل [١٥/ ٣١٥].

العاريـة، فـلا يقبل قولـه لخروجه عن عرف النـاس، كما لا يقبل قـول من يدَّعي خلاف عرف النّاس في النقد والسير والحمولة وأشباه ذلك.

❀❀❀

[١٢٥٠] مسـألة: قـال: ومن اسـتعار دابَّةً أربعـة أميالٍ، فتعـدىٰ عليها إلىٰ بريديـن[١]، فجاء بها علىٰ أحسـن مـا كانت عليـه، فليس عليه شـيءٌ إلاّ كراء ما ركب[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا المقدار الذي تعدَّىٰ إليه يسيرٌ، فليس عليه قيمتها إذا سـلمت الدابة فيه ولم تتغيَّر، ولو وجب أن تكون عليه القيمة في هذا المقدار، لوجب ذلك في الميل ونحوه.

وله الكراء؛ لأنّه زاد في ركوبها علىٰ ما أذِنَ له صاحبها، فله كراء ذلك.

وقد قال مالك: «إنَّ له قيمة الدابة - إن شاء - من حين تعدَّىٰ عليها، أو كراء ما تعدَّىٰ عليها، وإن هي لم تتغيَّر في سَوْقٍ ولا بَدَنٍ»[٣].

---

(١) قولـه: «بريدين»، هي مثنىٰ البريد، وهي المسـافة التي بين السـكتين، ومقدارها أربعة فراسـخ، أو اثنا عشـر ميلاً بأميـال الطريق، والميل يعادل ١٨٤٨ متـراً، والبريد يعادل ٢٢١٧٦ متراً. ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشـافعي، ص (٧٨)، النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب [١/ ١٠٥]، معجم لغة الفقهاء، ص (٤٥١).

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٦٩)، المدونـة [٤/ ١٨١]، التفريع مع شـرح التلمسـاني [٩/ ١٢٠].

(٣) ينظر: المدونة [٤/ ١٨١].

ووجهه ما قلناه: أنَّ التعدِّي لَمَّا حصل من المستعير، كان ربُّ الدابة المتعدَّىٰ عليه مخيراً [١/١٧/ب] بين كراء مثلها في التعدِّي، أو قيمتها من حين تعدَّىٰ بلا كراءٍ؛ لئلا يتعدَّىٰ النّاس بعضهم علىٰ بعضٍ، فجعل المتعدَّىٰ عليه بالخيار علىٰ ما بيَّنَّاه فيما تقدَّم.

❀❀❀

[١٢٥١] مسألة: قال: ومن استعار ثوبًا أيامًا فلبسه أكثر من ذلك، فيلزمه ما نقص من قيمته بعد الأيام التي استعار إليها، وإن كان أخلقه، فيرده وما نقص بعد تلك الأيام[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ صاحب الثوب لم يأذن له أن يلبس أكثر مما أعاره من المدَّة، فإذا زاد عليها كان متعدِّيًا، وعليه بدل ما لبسه لصاحبه من نقصان قيمته، أو أجرة تلك الأيام، الخيار في ذلك إلىٰ ربِّه.

❀❀❀

[١٢٥٢] مسألة: قال: ومن أتت إلىٰ أهلها[٢] بقلادةٍ وزعمت أَنَّهَا

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٠)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٥٩]، البيان والتحصيل [١٥/ ٣٢١].

(٢) في النوادر والزيادات [١٠/ ٤٦١]، والجامع لابن يونس [١٨/ ٤٤٣]: «جارتها».

استعارتها[١]، فأنكروا ذلك عليها، فقبلوها[٢] ليردُّوهَا، فاعتيلت[٣] القلادة، قال: فإنّه يغرمها الذي قبلها، ويصفونها، ثمّ يحلفون على صفتها، ويلزمهم غرم ما قُوِّمَت به[٤].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ القلادة أُخذت على وجه العارية، فإذا تلفت ولم يعلم تلفها، فعلىٰ من تلفت عنده قيمتها من المستعير، أو من دَفَعَ المستعير إليه ذلك وهم أهل الأمة.

والقول قولهم في صفتها؛ لأنهم يغرمون قيمتها، والقول في الأصول قول الغارم مع يمينه؛ لأنَّ صاحبه يدَّعي أكثر مما يذكره الغارم، فلا يقبل ذلك منه إلّا ببيِّنةٍ.

❀❀❀

[١٢٥٣] مسألة: قال: ومن استعار دابَّةً ليحمل عليها حنطةً، فحمل جلجلان، فلا ضمان عليه إن كان الذي حمل منه مثل الذي ذكر.

---

(١) في الجامع لابن يونس [١٨/ ٤٤٣]: «بقلادةٍ استعارتها لها».

(٢) قوله: «فقبلوها»، كذا يمكن أن تقرأ ويستقيم السياق وتتمة المسألة، ونحوه في النوادر والزيادات [١٠/ ٤٦١]، وفي المطبوع: «فقبضوها».

(٣) قوله: «فاعتيلت»، كذا رسمها، ولعلها: فاغتيلت، أي: هلكت وتلفت، كما في لسان العرب [١١/ ٥٠٧]، وفي النوادر والزيادات [١٠/ ٤٦١]، والجامع لابن يونس [١٨/ ٤٤٣]: «فتلفت».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٧٠)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٦١]، الجامع لابن يونس [١٨/ ٤٤٣].

وكذلك لو قال: «أحمل مرويّاً[(١)]» فحمل قوهيّاً[(٢)]، فلا ضمان عليه[(٣)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا حمل علىٰ الدابة مثل ما استعارها له وأقل ضرراً بها، فقد فعل ما له أن يفعل؛ لأنَّ المعير قد أذن له في ذلك، فلا شيء عليه؛ لرضاه بذلك.

وإذا حمل ما هو أكثر ضرراً بالدابة، فقد تعدىٰ وفعل ما لم يؤذن له فيه، [١/١٨/أ] فصاحبها مخيرٌ بين قيمتها أو كراء ما زاد، علىٰ ما ذكرنا.

❀❀❀

[١٢٥٤] مسألة: قال: ومن استعار دابَّةً علىٰ أنه لها ضامنٌ، فلا ضمان عليه[(٤)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ العارية إذا ظهر هلاكها فلا ضمان علىٰ المستعير، هذا أصلها وحكمها، فإذا شرط خلاف ما عليه الأصول، كان الشرط باطلاً،

---

(١) قوله: «مرويـاً»، المروي هو ثوب من رقيق ثياب القطن، منسوب إلىٰ بلدة مرو، وقيل: منسوب إلىٰ بلدٍ بالعراق علىٰ شط الفرات، ينظر: التهذيب في اختصار المدونة [٣/ ٢٥]، شرح غريب ألفاظ المدونة، ص (٦٤).

(٢) قوله: «قوهيـاً»، القوهي هو ثوب من رقيق ثياب القطن، منسوب إلىٰ قوهستان، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٣٩٧)، لسان العرب [١٣/ ٥٣٢].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧٠)، المدونة [٤/ ٤٤٧].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٧٠)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٥٨]، البيان والتحصيل [١٥/ ٣٣٥].

وقد قال رسول الله ﷺ: «**كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ الله، فَهُوَ بَاطِلٌ**»(١)، وأبطل اشتراط البائع الولاء على المشتري(٢)؛ لأنَّ الأصل أنّه للمشتري.

❀❀❀

[١٢٥٥] مسألة: قال: **ومن استعار غرائر(٣) فسرقت، فهو لها ضامنٌ(٤)**.

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الغرائر مما يخفى هلاكها، فإذا لم يكن للمستعير بيِّنةٌ على هلاكها، ضمن قيمتها؛ لأنّه ليس مُصَدَّقًا على تلف العارية؛ لأنَّ قبضها لمنفعته دون منفعة ربها.

فإن قيل: أليس المضارب إذا ذكر أنَّ المال قد تلف في يده، فالقول قوله مع يمينه وإن كان قبضه الشّيء لمنفعة نفسه، وكذلك المستأجر قبضه الشّيء المستأجر لمنفعة نفسه، ثمّ تلفه من مال ربه، والقول قوله في تلف ذلك مع يمينه، فكذلك يجب أن يكون المستعير والمرتهن(٥)؟

---

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى [١٠/ ٣٧٠]، وابن ماجه [٣/ ٥٦٣]، بهذا اللفظ، وهي قطعة من الحديث الذي بعده، وهو في التحفة [١٢/ ٤٢٥].

(٢) متفق عليه: البخاري (٤٥٦)، مسلم [٣/ ١٢٠]، وهو في التحفة [١٢/ ٤٢٥].

(٣) قوله: «غرائر»، الغرائر جمع غِرارة، هي وعاءٌ من صوف أو شعر لنقل التبن وما أشبهه، ينظر: طلبة الطلبة، ص (١٠١)، التعريفات الفقهية، ص (١٥٧)، لسان العرب [٥/ ١٨].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٧٠).

(٥) ينظر الاعتراض في: المبسوط للسرخسي [١١/ ١٣٥].

قيل: لا يلزم ما ذكرت؛ من قِبَلِ أنَّ أكثر المنفعة في الرهن للمرتهن، وكلها للمستعير، وأكثر المنفعة في الإجارة للمؤاجر، وكذلك في المضاربة أكثرها لرب المال، وإذا كان كذلك، نُظِر إلىٰ من هو أكثر منفعةً في الأصل، فَجُعِل التلف منه، وكان الذي الشّيء في يده مصدَّقًا علىٰ التلف؛ بدلالة أنَّ المودَع مصدَّقٌ علىٰ تلف الشيء؛ إذ لا منفعة له في الوديعة، وليس الغاصب مصدَّقًا علىٰ تلف الشيء؛ لأنَّ قبضه الشّيء لنفسه لا لربِّه، وكذلك لو عُلِم تلفه كان ضامنًا.

وكذلك المستقرض إذا تلف الشّيء في يده كان عليه بدله؛ لأنَّ قبضه الغرض لمنفعة نفسه، [١/١٨/ب] ثمّ ينظر بعد ما ذكرنا إلىٰ أكثر المنفعة أن تكون لقابض الشّيء أو لربِّه:

فيكون إن كثرت لربه مصدقًا علىٰ التلف، أعني: الذي في يده.

وإن كانت له دون ربِّه، لم يكن مصدَّقًا علىٰ التلف، إلّا أن يُعْلم تلفه ببيِّنةٍ، فلا يكون عليه ضمانٌ؛ لأنَّ تلفه قد ثبت بغير قوله، وليس هو متعدِّيًا بالقبض فيلزمه ضمان ما تلف من غير فعله ولا جنايته، كما يلزم ذلك الغاصب المتعدِّي[1].



(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١١٤-١١٥]، شرح المسألة عن الأبهري.

باب الوديعة

[١٢٥٦] قال: ومن كانت عنده وديعةٌ، فاشترىٰ بها جاريةً فحملت منه، فهي في ذمَّته وتكون أم ولدٍ، وإن كان إنّما أكلها، فصاحب الوديعة أسوة الغرماء(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المودَعَ لمّا تعدَّىٰ في المال الذي عنده باشترائه جاريةً، فقد تعلَّق المال في ذمَّته وصارت الجارية له، فإذا حملت منه صارت أم ولدٍ؛ لأنَّ المودِعَ، أعني: ربَّ المال، لا يملك عينها فيكون له أخذها، وله المال في ذمَّة المودَعِ.

وكذلك إذا تلف المال فهو في ذمَّته، ويكون المودِعُ أسوة الغرماء؛ لأنَّ ماله قد صار دَيناً في ذمَّة المودَعِ.

وليس المودَعُ في هذا كالمقارض أو المبضَعِ معه إذا اشترىٰ بالمال جاريةً، ثمّ وطئها فحملت أَنَّهَا تباع دون ولدها:

لأنَّ المودِعَ لم يُرِدْ في الوديعة طلب الفضل وإنما أراد حفظها، فإذا ردَّ عليه مثلها فقد وصل إلىٰ غرضه.

والمقارِضُ والمبْضِعُ طلبا الفضلَ لـمَّا دفعا إلىٰ المقارَضِ والمبْضَعِ معه، فيكون لهما الخيار إذا تعدَّىٰ عليهما، بين:

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧١)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٣٦].

تضميـن المتعـدِّي المـال الذي طُلِـبَ الفضـلُ - وهو قيمـة الجارية حين الوطء-.

أو تضمين المال الذي أخذاه.

وله بيع الجارية إن لم يكن للمتعدِّي مالٌ؛ لأنَّ شـراء الجارية إنّما هو لربِّ المال، وليس كذلك شـراء المودَعِ الجارية لربِّ المال، فيكون له أخذها، فافترقا من هذا الوجه(١).

۞۞۞

[١٢٥٧] مسـألة: [١/١٩/أ] **قال: وإذا اسـتودَعَ الرجُلُ وديعةً عنده لحجٍّ أراده عند من يثق به، فلا ضمان عليه.**

وكذلك أموال اليتامىٰ(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المودَعَ عليه أن يفعل في الوديعة من الحفظ والحياطة والحرز مثل ما يفعل بماله(٣)، فإذا احتاج إلىٰ سـفرٍ لحجٍّ أو غيره مما يجوز، جاز أن يودعَهَا غيرَه ممن يثق به، كما يفعل ذلك بماله، ليس عليه أكثر من ذلك.

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٣٧]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٢) المختصـر الكبير، ص (٢٧١)، المدونة [٤/ ٤٣٣]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٢٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٢٨].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٢٩]، هذا التعليل عن الأبهري.

فـإن تلفت لـم يكن عليه شــيءٌ؛ لأنّه فعل ما لـه أن يفعل، كما لو تلفت عنده لم يكن عليه شيءٌ.

❀❀❀

[١٢٥٨] مسألة: قال: وإذا كانت الوديعة لا يقدِرُ علىٰ صاحبها، أنّه إذا أيس منه تصدَّق بها عنه(١).

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنّهـا مالٌ لا يُعرَف له مستَحقٌّ، فحكمـه أن يفرق في الفقراء أو في مصالح المسـلمين، كمـا يُفعل ذلك في الأموال التي لا أرباب لها، كالخمس والصدقات وأشباه ذلك(٢).

❀❀❀

[١٢٥٩] مسألة: قال: ومن تجر بوديعةٍ، فالربح له، والضمان عليه(٣).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنّه متعدٍّ بالتجارة بها، فعليه الضمان إن تلفت، والربح له بالضمان.

وليس كذلك المضارب والمبضَعِ معه إذا تجرا بالمال لأنفسـهما؛ لأنَّ ربَّ المال دخل في هذا علىٰ طلب الفضل والتجارة، فليس لهما أن يجعلا ذلك لهما

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٧١)، المدونـة [٤/ ٤٤٥]، التفريع مع شـرح التلمسـاني [٩/ ١٣٩].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٣٩]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧١)، الموطأ [٤/ ١٠٦٤]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٣٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٣٥].

دون ربِّ المال، ولم يدخل المودِعُ علىٰ طلب الفضل، وإنما أراد حفظها له، وله أصل المال دون الربح[١].

❀❀❀

[١٢٦٠] مسألة: قال: ولا يتسلف الرّجل من الوديعة تكون عنده إلّا بإذن صاحبها[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الوديعة هي مالٌ عند المودَع، وليس يجوز له أن يتصرَّف فيه بغير إذن ربه؛ وقد قال رسول الله ﷺ: «**لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[٣]، فليس ينبغي لأحدٍ أن ينتفع بملك أحدٍ بغير إذنه إذا كان ذلك يضرُّ به.

فإن كان لا يضرُّ به جاز ذلك له؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**لا ضَرَرَ وَلا إِضْرَارَ**»[٤]، [١/١٩/ب] فليس ينبغي لأحدٍ أن يمنع غيره أن ينتفع بشيءٍ من ماله إذا كان لا يضرُّ به[٥].

❀❀❀

[١٢٦١] مسألة: قال: ومن أقر بوديعةٍ عند رجالٍ من غير أن يُشْهِدَ عليها صاحِبُهَا، ثمّ هلك، فقام صاحب الوديعة بطلب ذلك:

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٣٥]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧١).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه [٣/ ٤٢٤] بهذا اللفظ.

(٤) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

(٥) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٣٤]، شرح المسألة عن الأبهري.

⇦ فإن كان ذلك قريبـًا، فلعلَّ شهادتهم يؤخذ بها.

⇦ وإن كان ذلك بعد حينٍ أو بعد زمانٍ قد طال، فلا شيء له[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ما قرب من المدَّة إذا أقر بها، فهو في الظاهر أَنَّهَا في يده، وأنه إنّما أراد التوثق لصاحبها بالإشهاد عليه.

فأمّـا إذا طال ذلك، أعني: طال ما بين مدَّته وإشـهاده علىٰ نفسـه، لم يؤخذ بشهادتهم؛ لجواز ردِّ المودَعِ ذلك عليه، أو تلفها عنده فيما تقدَّم من طول المدَّة.

❀❀❀

[١٢٦٢] مسألة: قال: ومن استُودِعَ وديعةً، فاستودَعَهَا علىٰ غير عذرٍ، فعليه الضمان[(٢)].

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ المـودِعَ إنّما وثق بالمودَعِ دون غيـره، فليس له أن يدفعهـا إلـىٰ غيره من غير ضرورةٍ تنـزل به؛ لأنّه إذا فعل ذلـك ضمنها؛ لأنّه متعدٍّ مخالفٌ لِمَا قد أمر به من غير ضرورةٍ.

❀❀❀

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٧١)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ٤٤٣]، البيان والتحصيل [١٥/ ٢٨٩].

(٢) المختصـر الكبير، ص (٢٧١)، المدونة [٤/ ٤٣٣]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٢٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٢٨].

[١٢٦٣] مسألة: قال: ومن دُفِعَت إليه وديعةٌ ببيِّنةٍ، فلا يخرجه منها إلّا بالبيِّنة[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذ شُهِدَ علىٰ المودَعِ عند قبضه للوديعة، فكأنه لم يوثق به؛ إذ قد توثق منه عند الدفع إليه، فيجب أن يتوثق هو أيضًا عند ردِّها، ومتىٰ لم يفعل ذلك، فقد فرَّط ولا يقبل قوله في ردِّها إلّا ببيِّنةٍ.

❁❁❁

[١٢٦٤] مسألة: قال: ومن تسلَّف من وديعةٍ شيئًا، فلا ضمان عليه فيما بقي، ويضمن ما أخذ حتىٰ يردَّه.

وترك السلف من الودائع أفضل[٢]، فإن كان له مالٌ فيه وفاءٌ وأشهد علىٰ ذلك، فأرجو أن لا يكون به بأس[٣].

✍ إنّما قال ذلك: «إنه لا ضمان عليه فيما بقي [١/ ٢٠/أ] من الوديعة إذا تلفت»؛ فلأنه غير متعدٍّ فيما بقَّاه، وليس هو متعدِّيًا بالسلف منها؛ لأنَّ تسلفها أحرز لها؛ لأنّها تتعلَّق بذمَّته، وتركها كذلك يُخْشَىٰ عليها التلف.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧١)، المدونة [٤/ ٤٣٦]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٢٦].

(٢) في البيان والتحصيل [١٥/ ٢٩٢]: «وسُئل: عمن بيده مال ليس له، أله أن يسلفه؟، قال: ترك ذلك أحبّ إليّ».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧١)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٣٤]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٣٠]، البيان والتحصيل [١٥/ ٢٩٢].



فإذا كان المودَعُ موسراً مأمونـًا، كان تسـلفها أنفع لربِّها، فلم يكن متعدِّيـًا بالسلف منها ولا بترك ما بقي.

فليـس يلزمـه ضمان مـا بقي، وإنمـا يلزمـه ردُّ ما تسـلَّف، وقـد رُوِيَ عن عائشة[1]، وابن عمر[2]، أنهما كانا يتسلَّفان أموال أيتامٍ في حجرهما[3].

❀❀❀

[١٢٦٥] مسـألة: قال: ومن اسـتودَعَ رجلاً صبرةً فيها حنطةٌ فأنفقها، فجاء صاحبهـا يطلبها، فقـال: «قد أنفقتها»، قـال: «فإني جعلت فيهـا دنانير»، فيحلف المستودَعُ: «ما أخذت منها شيئـًا ولا علمت لك فيها شيئـًا»، ويبرأ[4].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ المـودِعَ مدَّعٍ علىٰ المودَعِ دنانير، وهو منكِرٌ لذلك، فعليه البيّنة علىٰ ما يدعيه، وَإِلّا حلف المودَعُ؛ لأنّه منكِرٌ.

❀❀❀

[١٢٦٦] مسـألة: قال: ومـن دُفِعَ إليه مـالٌ بغير بيِّنةٍ ليدفعـه إلىٰ رجلٍ، فلا يدفعـه إلّا ببيِّنةٍ، فإن فعل ضمن، ولكن له أن يودّيها إلىٰ من ائتمنه بغير بيِّنة إذا كان دفعها إليه بغير بيِّنةٍ[5].

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) أخرجه عبد الرزاق [٤/ ٩٩]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [٨/ ٢٣٧].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٣١]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٧٢)، البيان والتحصيل [١٥/ ٢٩٤].

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٧٢)، المختصر الصغير، ص (٦٤٩)، المدونة [٤/ ٤٣٦].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ المدفوع إليه المال يجب عليه أن يتوثق للدافع إليه ذلك بأن يُشْـهِدَ علىٰ الذي أمره بالدفع إليه؛ ليسـقط المال الذي كان علىٰ الدافع؛ ولتـزول المطالبـة عنه، فمتىٰ لـم يفعل ذلك المأمـور بالدفع، فقـد فرط وضيع، ولزمـه المـال إذا جحد ذلك المدفـوع إليه، وقد قال الله عَـزَّ وَجَلَّ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء:٦]، أَمَرَ الحـكام والأوصياء بذلك والمال ليس في ذمَّتهم، إنّما هو في أيديهم أمانةٌ، فكذلك المدفوع إليه المال هو في يده أمانةٌ، وعليه أن يدفع ذلك ببيِّنةٍ إلىٰ من لم يأمنه عليه.

فأمّـا إذا ردَّه إلىٰ ربه الذي دفعه إليه، قُبِـلَ قوله وإن لم تكن له بيِّنةٌ؛ [١/٢٠/ب] لأنّه قد ائتمنه علىٰ ذلك، وهذا إذا لم يدفعه إليه ربه ببيِّنةٍ علىٰ ما ذكرناه.

❁❁❁

[١٢٦٧] مسـألة: قال: ومن اسـتُودِعَ مالاً، فزعم أنّه قد ضاع، فالقول قوله ولا شيء عليه[1].

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنّـه مؤتمنٌ علىٰ الوديعـة، والقول قـول المؤتمن مع يمينـه في التلف؛ لأنّـه لا يقدر علىٰ التحرز من ذلك؛ ولا صنع له في تلفها؛ ولأنَّ

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٧٢)، المختصـر الصغيـر، ص (٦٤٩)، التفريع مع شـرح التلمساني [٩/ ١٢٦]، البيان والتحصيل [١٥/ ٣٠٩].

قبضه الشّيء لمنفعة ربه لا لمنفعته، فلا فائدة له في الوديعة، فكان تلفها من ربها، والقول قول المودَعِ في ذلك[١].

❀❀❀

[١٢٦٨] مسألة: قال: ومن هلك وعنده وديعةٌ وقراضٌ ومال بضاعةٍ دُفِعَ إليه، ولم يوصِ به ولم يذكر في حياته أنَّ ذلك قد هلك قبله، فإنّه يجب في ماله كهيئة الدَّين، يكون أسوة الغرماء[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ كلّ ذلك حقٌّ في يده، وديعةً كانت، أو قراضًا، أو بضاعةً، وعليه ردُّ ذلك إلىٰ أربابه، كما عليه أداء الدَّين.

فإذا مات قَبْلَ ذلك كانوا أسوة الغرماء إذا لم تُعْرَف أموالهم بأعيانها.

فإذا عُرِفت كانوا أولىٰ بها من أرباب الدَّين؛ لأنَّ حقوق هؤلاء في الأعيان لا الذمَّة، فصاروا أولىٰ بأعيان حقوقهم.

ألا ترىٰ: أَنَّهَا لو تلفت وعُلِم ذلك، لم يؤخذ من ماله شيءٌ.

فإذا لم تعرف أعيانها كانوا أسوة الغرماء؛ لاختلاط ذلك كله بماله؛ وأنها حقوقٌ في يده تؤخذ من ماله إذا لم تُعرَف أعيانها.

❀❀❀

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٢٧] شرح المسألة عن الأبهري.
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٢)، المدونة [٤/ ٤٣٧].

[١٢٦٩] مسألة: قال: ومن أمر رجلاً يتقاضىٰ له مالاً، ففعل وخلطه بماله، فهو أسوة الغرماء(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ مال الذي أمره بقبضه قد صار في ماله واختلط به، فربه أسوة الغرماء علىٰ ما ذكرناه.



[١٢٧٠] مسألة: قال: والمرأة في صداقها أسوة الغرماء(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الصداق دَينٌ من الديون، ويجب عن بدلٍ ومعاوضةٍ، كما وجب سائر الديون، فكانت المرأة أسوة الغرماء.



---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٢).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٢)، الكافي لابن عبد البر [٢/ ٨٣٢]، البيان والتحصيل [١٠/ ٤٦٦].

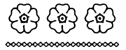
[١/٢١/أ] باب اللقطة

[١٢٧١] قال: وإذا وجد العبد اللقطة فاستهلكها قبل السنة، فهي في رقبته، وإن استهلكها بعد السنة، فهي في ذمَّته[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ تصرُّفه في اللقطة قبل السنة جنايةٌ منه؛ لأنّه لم يؤذن له في التّصرف فيها قبل السنة، وإنما أُذِنَ له في ذلك بعد السنة إن شاء الملتقط، وإذا كان كذلك، فقد جنىٰ وتعدَّىٰ، وجناية العبد علىٰ مال غيره في رقبته، يفتكه بها السيد إن شاء، أو يسلمه.

فأمّا إذا استهلكها بعد السنة فهي في ذمَّته؛ لأنّه قد أُذِنَ للملتقط في التّصرف فيها بعد السنة إن شاء وغرامتها لصاحبها إذا جاء، فليس هو متعدِّياً بالتصرف فيها؛ للإذنِ الذي أُذِن له في التصرُّف، فكانت دَيناً عليه، ودَين العبد عند مالكٍ في ذمَّته لا في رقبته.

فلهذا فرَّق بين استهلاك العبد اللقطة قبل السنة وبعدها[٢].



---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٣)، الموطأ [٤/ ١٠٩٨]، المدونة [٤/ ٤٥٥]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٧٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٥٣].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٥٣]، شرح المسألة عن الأبهري، بتصرف.

[١٢٧٢] قال: ومن وجد نعلين أو سوطاً فلم يجد صاحبه فتصدَّق به عنه، فإن جاء غرِمه.

⇦ ولا بأس أن ينتفع بذلك إذا كان محتاجاً.

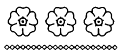
⇦ وإن كان غنياً، تصدَّق بقيمته وانتفع به.

ويستلف من ذلك ما كان يؤكل، فيأكله إن كان محتاجاً[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا عَرَّف ما التقطه من هذه الأشياء فلم يأت صاحبها، كان له أن يتصدَّق بها إن شاء؛ لأنَّ حفظه لها وتعاهده يشق عليه، ثمّ يخيره إذا جاء بين الأجر أو الغرم، وقد رُوِّينَا في ذلك أثراً في تخييره عن عمر رضي الله عنه[2].

فإن كان محتاجاً انتفع به ولم يكن عليه بذل ذلك للفقراء.

وإن كان غنياً تصدَّق بقيمته إن احتاج إلىٰ الانتفاع به؛ لأنّه لا يجوز - يعني: أن ينتفع بأموال المحتاجين -، كما لا يجوز له أن ينتفع بالزكاة وكفارة اليمين.



---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق [١٠/ ١٣٩]، وابن أبي شيبة [١١/ ٢٢٠]، من طريق سويد بن غفلة، عن عمر بن الخطاب، قال في اللقطة: «يُعَرِّفها سنةً، فإن جاء صاحبها وَإِلَّا تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعدما يتصدَّق بها خيَّره، فإن اختار الأجر كان له، وإن اختار المال كان له ماله».

[١٢٧٣] مسألة: قال: وإذا وجد الرّجل بطريق مكة الإداوة[1] وما أشبهها، فترْكُ ذلك أحبُّ إلينا، [١/٢١/ب] إلّا أحدٌ يضطر إليه[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا استغنىٰ عن أخذها تَركها حتىٰ يأخذها من هو أحوج إليها منه، ثمّ يكون علىٰ آخذها قيمتها إن كان غنيًا.

❀❀❀

[١٢٧٤] مسألة: قال: ومن وجد ثوبًا فذهب به إلىٰ أصحابه فلم يعرفوه، فلا بأس أن يردَّه إلىٰ موضعه[3].

✍ إنّما قال ذلك، إذا كان اعتقاده في أخذه أنّه يردَّه إن لم يكن لمن ظنَّ أنّه له؛ لأنّه لم يأخذه علىٰ أن يحفظه حتىٰ يجد صاحبه.

فأمّا إذا أخذه علىٰ ذلك ثمّ ردَّه فعليه قيمته؛ لأنّه قد ضيعه بردِّه بعد أن قد لزمه الحفظ، وقد فُسِّر معنىٰ ما ذكرته عن مالكٍ[4].

❀❀❀

---

(١) قوله: «الإداوة»، هي الإناء الذي يتطهر منه، ينظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، ص (١١).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٣).

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧٣)، المدونة [٤/ ٤٥٩]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٦٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٥١].

(٤) ينظر: النوادر والزيادات [١٠/ ٤٦٨]، البيان والتحصيل [١٥/ ٣٥٦].

[١٢٧٥] مسألة: قال: ولا يأكل التمرات ولا الكِسَرَ(١) إلاّ المحتاج(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الغني يستغني عن أكلها بماله، فيجب أن يدعها للفقراء.

ولا بأس علىٰ المحتاج في أكلها، كما يجوز له أكل الكفّارة والزكاة.

❀❀❀

[١٢٧٦] مسألة: قال: ومن عرَّف لقطةً سنةً، فليتصدَّق بها أفضل، ثمّ يُخَيِّرُ صاحبها إذا قدِم، وإن أحبَّ أن يمسكها أمسكها(٣).

✍ إنّما قال: «إنه يتصدَّق بها أفضل»؛ لأنَّ الصدقة ينتفع بها الفقراء ويزول عنه تعاهدها، وتركها في يده قد تتلف، فلا ينتفع بها صاحبها ولا الفقراء.

ثم يُخَيِّر صاحبها إذا قدِم بين أن يكون له الثواب أو يغرمها له علىٰ ما قلنا(٤).

❀❀❀

---

(١) قوله: «الكِسر»، هي جمع كسرة، والمراد كسرة الخبز ونحوها، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٥٣٣).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٣).

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧٣)، المختصر الصغير، ص (٦٥٠)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٤٠ و ١٤٥].

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٤٤]، هذا الشرح عن الأبهري.

[١٢٧٧] **مسألة: قال: ومن افتقد ديناراً من كمه، فتبعه به رجلٌ، فإن[١] استيقن أنّه له، فليأخذه[٢].**

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا استيقن أنّه ماله جاز له أخذه، وإذا شك فيه، تركه، لقول النبيِّ ﷺ: «**دَعْ مَا يَرِيبُكَ إِلَىٰ مَا لَا يَرِيبُكَ**»[٣]، وقال صلىٰ الله عليه: «**مَنْ رَتَعَ حَوْلَ الحِمَىٰ يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ فِيهِ**»[٤]، وقال: «**مِنَ الوَرَعِ تَرْكُ الشُّبُهَاتِ**»[٥].

❀❀❀

[١٢٧٨] **مسألة: قال: ومن الْتقط دنانير فابتاع بها غنمًا فنمت، فليتصدَّق بالدنانير والغنم[٦].**

✍ وفي بعض النسخ: «والغنم له»، يعني: [١/٢٢/أ] للملتقط، وهو الصحيح؛ لأنّه بمنزلة المودَعِ، اشترىٰ بالدنانير شيئًا، غنمًا أو غيرها، فالغنم له، وعليه لصاحب الدنانير دنانير مثلها، وهذا مثله سواءٌ.

ومن قال: يتصدَّق بالدنانير والغنم، فإنما قال ذلك؛ لأنَّ نماء الدنانير

---

(١) قوله: «فإن»، كذا في شب، وفي المطبوع: «مار».
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٣)، البيان والتحصيل [١٥/ ٣٥٣].
(٣) أخرجه الترمذي [٤/ ٢٨٦]، والنسائي في الكبرىٰ [٥/ ١١٧]، وهو في التحفة [٣/ ٦٣].
(٤) متفق عليه: البخاري (٥٢)، مسلم [٥/ ٥٠]، وهو في التحفة [٩/ ٢١].
(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ.
(٦) المختصر الكبير، ص (٢٧٣).

بمنزلتهـا، فليتصدَّق بهـا وبنمائها، غنمـًا كانت أو غيرها؛ لأنّـه إنّما تجر بها لربِّها لا لنفسه، أعني: الملتقط.

ومتىٰ اسـتقرضها وتجر فيها لنفسـه، كان الربح لـه دون ربِّ المال، وذلك بمنزلة الوديعة.

❀❀❀

[١٢٧٩] مسـألة: قـال: ومن وجد مثـل المِخْلَاةِ[١] والدلو والحبل وأشـباه ذلك:

⇦ فإن كان في طريقٍ: وضعه في أقرب الأماكن إلىٰ ذلك المكان يُعْرَف.

⇦ وإن كان في مدينة: انتفع به، ويتصدَّق به أحب إلينا، وصاحبه علىٰ حقه إن جاء[٢].

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ صاحبه إنّما يطلبه فـي الموضع الذي ضاع فيه وما قاربه من الأماكن[٣]، فيُحب أن يُتْرَكَ فيه إن كان في المدينة عرف.

---

(١) قولـه: «المخـلاة»، هـي كسَـاء يُجعَـل فِيـهِ الخلـىٰ والعشـب، ينظـر: لسـان العرب [١٤/ ٢٤٣].

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٧٣)، النوادر والزيـادات [١٠/ ٤٦٨]، التفريع مع شـرح التلمساني [٩/ ١٥٠]، البيان والتحصيل [١٥/ ٣٤٩].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٥٠]، هذا التعليل عن الأبهري.

ويجـوز أن ينتفع بـه إذا كان ذلك لا يضرُّ به، ويتصدَّق به إن شـاء الملتقط، ويكون صاحبه مخيَّراً إن جاء على ما ذكرناه.

❁❁❁

[١٢٨٠] مسألة: قال: ومن وجد لقطةً فكانت ذات بالٍ(١)، فليأخذها(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا ترك أَخْذَهَا أَخَذَهَا من لعلَّه غير ثقةٍ عليها، وذلك يكره له؛ لأنّه يترك حفظها على صاحبها، وفي حفظها عليه فعل خيرٍ ومعونةٍ عليه، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة:٢](٣).

❁❁❁

[١٢٨١] مسـألة: قال: ومن وجد شَنْفًا(٤) في المسجد، فليعطه بعض نساء المسجد تُعَرِّفُه أفضل(٥).

---

(١) قوله: «ذات بالٍ»، يعني: أنَّ لها قيمةً وثمنًا، ينظر: المنتقىٰ للباجي [٦/ ١٣٤]، شـرح البخاري لابن بطال [٦/ ٥٥٥].

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٧٤)، النوادر والزيـادات [١٠/ ٤٦٧]، التفريع مع شـرح التلمساني [٩/ ١٤٧].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٤٧]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٤) قوله: «شَنْفًا»، الشنف هو القرط الذي يعلق في الأذن، وقيل: الشنف في أعلىٰ الأذن والقرط في أسـفلها، ينظر: لسـان العـرب [٩/ ١٨٣] وقد وقـع تصحيف طريف في المطبوع من النوادر والزيادات [١٠/ ٤٦٨]، فجعلت: «سيفًا».

(٥) المختصـر الكبيـر، ص (٢٧٤)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ٤٦٨]، البيان والتحصيل [١٥/ ٣٥٤].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الشَّنْفَ مما يكون للنساء، فهن بتعريفه أعرف؛ لأنهنَّ يذكرنه للنساء، ولا يقدر الرجال علىٰ مثل ذلك.

❀❀❀

[١٢٨٢] مسألة: قال: **ومن وجد شيئًا فكان لا يقوىٰ عليه، فوجد من يثق به يعطيه يُعَرِّفُهُ فليفعل، وإن كان شيءٌ له بالٌ، فليأخذه**[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حفظه اللقطة وتعريفها [١/ ٢٢/ب] شيءٌ يجب علىٰ المسلمين جملةً، ليس يختص أحدهم بذلك دون الآخر، فعليهم التعاون علىٰ ذلك، فجاز للملتقط أن يدفعها إلىٰ غيره ليعرفها إذا كان ثقةً مثله.

وليس ذلك كالوديعة:

لأنَّ الوديعة لا كلفة عليه في كونها عنده، ولا يحتاج إلىٰ تعريفها، ويحتاج في اللقطة إلىٰ ذكرها وتعريفها، فينقطع بذلك عن شغله.

ولأنَّ اللقطة لم يختر صاحبها أمانته، فجاز له نقلها إلىٰ غيره، والوديعة قد اختار صاحبها أمانة المودَعِ ويده، فليس يجوز له نقل ذلك إلىٰ غيره إلّا من ضرورة سفرٍ أو غيره[2].

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٤)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٦٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٤٧]، البيان والتحصيل [١٥/ ٣٥٤].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٤٧]، شرح المسألة عن الأبهري.

[١٢٨٣] مسألة: قال: ولا يُنشِد اللقطة في المسجد، ولو مشىٰ في الحِلَق غير رافعٍ صوته فلا بأس به[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ «**النَّبِيَّ ﷺ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ لُقَطَةً فِي المَسْجِدِ، فَقَالَ: لَا وَجَدْتَ**»[٢]، فكأنه كَرِهَ رفع الصوت في المسجد؛ لأنَّ المساجد إنّما جعلت لذكر الله عَزَّ وَجَلَّ والصلاة لا لغيرها، ولهذه العلة كُرِه فيها البيع والشراء وعمل الصنائع.

فأمّا إذا ذكرها من غير رفع صوتٍ فلا بأس، كما يجوز أن يتحدَّث في المسجد، وإنما كُرِه رفع الصوت؛ لأنَّ ذلك يؤذي الناس.

ألا ترىٰ: أنّه كُرِه الجهر بالقراءة؛ لأنَّ ذلك يؤذي الناس[٣].

❀❀❀

[١٢٨٤] مسألة: قال: وإذا وجد في البحر خشبةً، فتَرْكُ أَخْذِهَا أفضل[٤].

✍ إنّما قال ذلك: لجواز أن يأتي صاحبها ويأخذها.

ولأنها ليست كسائر الأشياء التي يُخشىٰ فسادها وتلفها بتركها.

ولأنه لا يَتوصَّل إلىٰ صاحبها، فكان له ترك أخذها.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٤)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٦٨]، الجامع لابن يونس [١٨/ ١٩٤].

(٢) أخرجه مسلم [٢/ ٨٢]، وهو في التحفة [٢/ ٧٤].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٥١]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٧٤).

والفـرق بين ما يوجد في البر وبين ما يوجد فـي البحر: هو أنّه قد يغرق في موضـعٍ فيُحَصَّلُ في غيـر ذلك الموضع، يجـرُّه الماء، فلا يُـدرىٰ من أين ذهب، وليس كذلك البر؛ لأنّه يمكن أن يُضَم إلىٰ أقرب القرىٰ التي وُجِد فيها.

❀❀❀

[١٢٨٥] مسألة: قال: ومن وجد شاةً أو بقرةً في صحراءٍ، فليأكلها ولا غُرم عليه [١/ ٢٤/أ](١) **لصاحبها إن جاء يطلبها.**

فإن كانت في قريةٍ، فليضمها إليه أو إلىٰ غنمه ولا يأكلها حتىٰ تمر بها سـنةٌ أو أكثر.

وإن كان لها جزازٌ أو لبنٌ، فيبيعه ويرفع ثمنه، ولا بأس أن يصيب من نسـلها ولبنها بقدر قيامه، وإن كان تيسـًا، فلا بأس أن ينزو في غنمه(٢).

✍ إنّما قال: «إنه يأكل الشاة والبقرة إذا وجدها في الصحراء وحيث يخاف عليهـا وتضيـعُ إن تركها»؛ فلأنه إن لم يأكلها هو تلفت أو أكلها الذئب، ولم ينتفع صاحبها بها، فكان أكل هذا الواجد لها أولىٰ من تلفها أو أكل الذئب.

ولم يُكَلَّف سوقها إلىٰ المدن والقرىٰ؛ لمشقة ذلك عليه، وقد قال النبيُّ ﷺ حين سُئل عن الشاة: «**هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ**»(٣)، معناه: أَنَّهَا لك إن أكلتها،

---

(١) هذه الصفحة مكررة في [١/ ٢٣/ أ].

(٢) المختصـر الكبير، ص (٢٧٤)، المختصر الصغير، ص (٦٥١)، المدونة [٤/ ٤٥٧]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٥٣]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٧٨].

(٣) متفق عليه: البخاري (٩١)، مسلم [٥/ ١٣٣]، وهو في التحفة [٣/ ٢٤١].

أو لأخيك، أي: لآخر مثلك إن لم تأخذها، أو للذئب يأكلها إن لم تأكلها أنت أو أخوك، ومعنىٰ ذلك: أَنَّهَا تتلف إن لم تأخذها أنت أو أخوك، فجاز لواجدها أكلها لهذه العلة.

ولا غرم عليه لصاحبها؛ لأنّه لم يُتلِف عليه شيئًا له قيمةٌ في حال ما أتلفه.

فإن قيل له[1]: كيف يجوز للإنسان أن يأكل مال غيره عن غير طيب نفسٍ منه ولا يكون عليه بدله إذا أكله، وقد قال النبيُّ ﷺ: «**لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[2][3]؟

قيل له: معنىٰ هذا الخبر: إذا كان مال المسلم مما يقدر أن ينتَفِعَ به ويصل إليه أو له قيمةٌ، فأمّا إذا كان لا يصل إليه ولا ينتفع به أو لا قيمة له، فليس يُمْنَع أن ينتفع غيره به، إذ لا ضرر علىٰ ربه في ذلك، وينتفع غيره به، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَـرَرَ وَلَا إِضْـرَارَ**»[4]، وقد وجد النبيُّ صلىٰ الله عليه تمـرةً، فقال: «**لَوْلَا أَنِّي أَخْشَىٰ أَنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا**»[5]، فلم يمتنع النبيُّ صلىٰ الله عليه من أكلها مـن أجـل أَنَّهَا مال غيره؛ لأنَّ ذلـك [١/ ٢٤/ب][6] لا يؤَثِّر عليـه، وإنما امتنع من أجل حق الله عَزَّ وَجَلَّ، وهو تحريمه الصدقة عليه.

---

(١) قوله: «له»، كذا في شب، ولعلها مقحمة، والله أعلم.

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٦٠ .

(٣) ينظر الاعتراض في: الحاوي للماوردي [٩/ ٤٣٠].

(٤) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

(٥) متفق عليه: البخاري (٢٤٣١)، مسلم [٣/ ١١٨]، وهو في التحفة [١/ ٢٤٣].

(٦) هذه الصفحة مكررة في [١/ ٢٣/ ب].

فإن قيل: كيف يجوز للإنسان أكل شيءٍ لا يملكه، ثمّ لا يكون عليه قيمة ذلك؟[1]

قيل له: كما يجوز للإنسان أكل الطعام في أرض العدو، وليس عليه ردُّ قيمته في المغانم، ولو أراد حمله لغير الأكل، لم يجز.

فإن قيل: أليس هذه الشاة لو ساقها إلىٰ قريةٍ، ثمّ وجدها صاحبُها، كانت لصاحبها دون آخذها، فَلِمَ لا تكون عليه قيمتها إذا أكلها؟[2] .

قيل له: كما يحمِلُ الطعام من أرض العدو ولا يأكله، فلا يجوز له تملكه، بل يتصدَّق به أو يردُّه إلىٰ المغنم، ولو كان أَكَلَهُ، لم يكن عليه غرم ذلك، فكذلك الشاة مثله.

فأمّا إذا كانت في قرية أو بقرب قريةٍ، لم يأكلها وضمَّهَا إلىٰ القرية؛ لأنّها في غير مضيعةٍ من الأرض، وغير موضعٍ يخاف عليها التلف، فلا يجوز له أكلها.

ولأنَّ سوقها إلىٰ القرية غير شاقٍّ عليه، وليس كذلك ما كان في الصحراء والبادية، فلا يأكلها في القرية حتىٰ تمر بها سنةٌ، ثمّ يكون مخيراً علىٰ ما بيَّنَّاه.

وحكم صوفها ولبنها مثلها؛ لأنَّ ذلك كله ملك غيره.

ويجوز أن يأكل من نسلها بقدر قيامه عليها إذا كان محتاجاً، كما يجوز لإمام المسلمين وحاكمهم وقوَّامهم أن يأكلوا من أموالهم بقدر حاجتهم إلىٰ

---

(١) لم أقف علىٰ من قال بهذا الاعتراض.

(٢) لم أقف علىٰ من قال بهذا الاعتراض.

ذلـك، وكذلك قيِّمُ اليتيم إذا كان محتاجـًا، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:٦]، أي: من مال اليتيم[١].

❀❀❀

[١٢٨٦] مسألة: قال: ويأمر الإمام ببيع الضوال، فإذا جاء صاحبها دُفِع إليه ثمنها.

فأمّا الإباق فإنهم يُحْبَسون، فإن جاء طالب وَإِلّا بِيعوا، فإن جاء صاحبه أخذ الثمن ولم يكن له إلىٰ العبد سبيلٌ[٢].

✍ إنّما قال: «إنَّ الإمام يبيع الضوال»؛ لأنَّ تركها يضر به وبصاحبها؛ لأنّها تحتـاج [١/ ٢٥/أ] إلىٰ مؤونـةٍ، ويُخَاف تلفها أيضـًا، فيجوز لـه بيعها ودفع ثمنها إلىٰ صاحبها إن جاء.

وكذلك يجوز بيع الآبق إذا طال حبسـه؛ خيفة أن يتلف وأن يهرب، فيجوز بيع الإمام له، فإذا جاء صاحبه كان له الثمن.

وليس له أن يأخذ العبد؛ لأنَّ بيع الإمام علىٰ الإنسـان كبيعه لنفسـه، لا فرق في ذلك؛ لأنَّ حكم الحاكم ينفِّذ علىٰ المحكوم عليه وإن كره ذلك، فكذلك بيعه عليه.

❀❀❀

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٥٥]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٤)، المدونة [٤/ ٤٥٨]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٧٧].

[١٢٨٧] مسألة: قال: ولا يبيع ضالةً إلّا الإمام[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الإمام هو القيِّمُ بأموال المسلمين - الغُيَّب منهم - والولي عليهم، فيجب أن يبيع الضالة هو لغيبة صاحبها، أو من يأمره الإمام بذلك؛ لأنَّ بيعه لها بمنزلة حكمٍ يحكم به.

❀❀❀

[١٢٨٨] مسألة: قال: ومن وجد إبلاً فعرَّفَها فلم تُعترف، فليسَرِّحها حيث وجدها.

وليس عليه إشهاده علىٰ إرسالها[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه لا يجوز له أخذ الإبل؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال لمن سأله: «**مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، دَعْهَا تَأْكُلُ الشَّجَرَ وتَرِدُ المَاءَ**»[٣].

ولأنه لا يُخافُ عليها كالخوف علىٰ الشاة والبقرة، فعلىٰ من أخذها تركها حيث وجدها[٤].

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٥)، وقد نقل اللخمي هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في التبصرة [٧/ ٣٢١١].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٥)، المدونة [٤/ ٤٥٧]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٧٧]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٥٣].

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٨٥ .

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٥٤]، شرح المسألة عن الأبهري.

[١٢٨٩] مسألة: قال: ومن وجد شاةً إلىٰ جنب قريةٍ فأكلها، غرمها[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه لا مؤنة عليه في سَوقِها إلىٰ القرية.

ولأنها في موضع لا يُخاف عليها التلف من أكل ذئبٍ أو غيره.

❀❀❀

[١٢٩٠] قال: وتفسير عمر بن الخطاب: «من آوىٰ ضالةً فهو ضالٌّ»[٢]**، يقول: «مخطئٌ»، وإنما يعني بذلك: الإبل**[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الإبل منهيٌّ عن أخذها، وآخِذُهَا ضالٌّ: أي: مخطئٌ؛ لأنّه فعل ما لا يجوز له فعله؛ لنهي رسول الله ﷺ عن أخذها.

❀❀❀

[١٢٩١] مسألة: قال: ومن وجد ضالةً فطال زمانها، فليتصدق بها، فإن جاء صاحبها لم يغرمها؛ لأنَّ المواشي في ذلك [١/ ٢٥/ب] **ليست كغيرها**[٤].

✍ إنّما قال: «إنه لا يغرم لصاحبها قيمتها»؛ لأنَّ المواشي لو أكلها في موضعٍ يُخاف عليها التلف لَمَا كان عليه غرم قيمتها لصاحبها، وليس كذلك سائر

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٥).

(٢) أخرجه مالك [٤/ ١٠٩٩]، وابن أبي شيبة [١١/ ٢٣٠].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧٥).

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٧٥).

الأموال؛ لأنّها تبقىٰ ولا يخاف عليها تلفها، إلّا أن تكون من الأشـياء التي تتفسـد من المأكول، فيكون حكمها حكم المواشي[(١)].

وإذا كان كذلـك، لـم يكن عليه غرم قيمتهـا لصاحبها إذا تصـدق بها؛ لأنَّ شـبهة ملتقط المواشـي فيها وأمره أوكد من سائر الأشـياء غيرها، فعليه غرم قيمة ما تصدق بها، وليس عليه غرم قيمة المواشـي؛ لأنّه لو أكلها في موضعٍ ما بدل ما تصدق بها، لم يكن عليه غرم قيمتها.

❀❀❀

[١٢٩٢] مسألة: قال: ومن صاد ظبيـًا أو صقراً فانفلت منه، ثمّ وجده يباع:

⇦ فإن كان قد طال وصار مع الصيد، فليس له فيه شيءٌ إذا صار إلىٰ حالته الأولىٰ.

⇦ وإن كان بعد ذهابه بيومٍ أو يومين، فهو أولىٰ به[(٢)].

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ الصيد لمّا كان أصله مباحـًا أَخْذُهُ بغير عوضٍ ولا دفعٍ من آدمي عنه، كان ملكه لمن هو في يديه ما دامت يده عليه، فإذا خرج عن يده ورجـع إلىٰ أصله من الامتناع، ثمّ صـاده الآخر كان للثاني؛ لأنّه قد مَلَكَه بالمعنىٰ الذي ملكه به الأول وزوال معنىٰ الأول عنه.

وأشـبه ذلك الماء يسقيه الإنسان في قربته من بركةٍ أو بئرٍ معينةٍ غير جاريةٍ، ثمّ يَنْصَبُّ في البئر أو البركة بعد أخذه له، فقد زال ملكه عنه وعاد إلىٰ ما كان عليه

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٥٤]، هذا التعليل عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٥)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٥٤].

مـن أصل الإباحة، فهو وغيره من النّاس سـواءٌ في ماء البركـة أو البئر؛ لأنَّ أصل ذلك كله مباحٌ، ثمّ عاد ما كان في يده إلىٰ أصله.

فكذلك الصيد إذا عاد إلىٰ أصله واستوحش، فهو وغيره سواءٌ.

فإن قيل: إنَّ الصيد يعرف بعينه، وليس كذلك الماء، فافترقا لهذه العلة؟(١)

قيل: لـو وجب لهذه العلة أن يزول ملك صاحـب الماء عنه إذا انصب في البركـة [١/٢٦/أ] أو البئـر بعدما ملكه، لوجب إذا انصب له زيتٌ في بركة زيتٍ لغيره أو بئـر زيتٍ لغيره، أن يـزول ملك صاحب الزيت عنه؛ لأنّـه لا يعرف بعينه، فلمَّا كان هذا غلطـًا بإجماعٍ وأنهما شريكان في الزيت علىٰ مقدار ما لكل واحدٍ منهما ولـم يكونـا كذلك في الماء، فكذلـك يجب أن يكون الصيد مثلـه؛ للمعنىٰ الذي ذكرناه، وهو أنَّ أصله مباحٌ لا يمنع منه آدميٌّ.

فإن قيل: لو كان كما قلت، لكان العبد إذا لحق بدار الحرب، ثمّ أخذه غير سـيده، وجب أن يكون لمن أخذه؛ لأنّه قـد رجع إلىٰ أصله، فلمَّا لم يكن كذلك، فكذلك الصيد ليس هو لمن أخذه؟(٢).

قيـل: لا يلزم ما قلت؛ من قِبَل أنَّ أصل العبيـد ليس هو مباحـًا كالصيد، إذ لهم من يمنع عنهم، وهم يمتنعون بأنفسـهم، وليس كذلك الصيد، إذ لا يمنع منه آدمي.

---

(١) ينظر الاعتراض في: الحاوي للماوردي [١٩/ ٦٤].

(٢) ينظر الاعتراض في: الحاوي للماوردي [١٩/ ٦٤].

ولأنَّ أصل العبد هو ببذلٍ يتركه الغانم، فأشبه ذلك المشتري له إذا استحق من يده أنّه يرجع إلىٰ بائعه، وليس كذلك أخذ الصيد؛ لأنّه لا يأخذه بعوضٍ يتركه.

وكذلك أخذ الذهب من المعادن هو بمنزلة أخذ العبد من بلد الحرب؛ لأنَّ أصل المعدن ليس مباحًا كالصيد؛ لأنّها محوزةٌ للناس يمنعون عنها، وليس كذلك الصيد؛ لأنّه ليس محوزاً لهم يمنعون عنه.

❀❀❀

[١٢٩٣] مسألة: قال مالكٌ في الملتقط: إذا جاء من يعرف العِفَاصَ[١]، والوِكَاءَ[٢]، أنّه يدفع ذلك إليه[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا رواه مالك، والثوري، وحماد بن سلمة، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن يزيد مولىٰ المنبعث[٤]، عن زيد بن خالد الجهني: «**أَنَّ رَجُلاً سَأَلَ النَّبِيَّ ﷺ عَنِ اللُّقَطَةِ، فَقَالَ: اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، وَعَرِّفْهَا عَامًا،**

(١) قوله: «العِفَاصَ»، هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة، من جلد أو غيره، ينظر: النهاية في غريب الحديث [٣/ ٢٦٣].

(٢) قوله: «والوكاء»، هو الخيط الذي تشد به الصرة والكيس، ينظر: النهاية في غريب الحديث [٥/ ٢٢٢].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧٥)، المدونة [٤/ ٤٥٦]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٧١].

(٤) يزيد مولىٰ المنبعث، مدني، صدوق، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (١٠٨٥).

فَإِنْ جَـاءَ صَاحِبُهَا فَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَوِعَاءَهَـا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ»(١)، وهذا لفظ حديث حماد بن سلمة، عن زمعة(٢).

ورَوَىٰ حماد بـن سـلمة، عـن يحيىٰ بن سـعيد، عن يزيد مولـىٰ المنبعث، [١/٢٦/ب] عن زيد بن خالد الجهني، عن النبيِّ ﷺ مثله(٣).

ورَوَىٰ سـفيان الثوري، عن سـلمة بن كهيل(٤)، عن سـويد بن غفلة(٥) قال: «**أَتَيْتُ أُبَيَّ بن كَعْبٍ فَقَالَ: إني وَجَدْتُ صُرَّةً فِي مُنَاخِ(٦) قَوْمٍ فِيهَا مِئَةُ دِينَارٍ، فَأَتَيْتُ النَّبِـيَّ ﷺ، فَقَالَ: عَرِّفْهَا حَـوْلاً، فَفَعَلْتُ ثُمَّ أَتَيْتُهُ، فَقَالَ لِي مِثْـلَ ذَلِك، فَفَعَلْتُ، ثُمَّ أَتَيْـتُ الثَّالِثَـةَ، فَقَالَ لِي مِثْلَ ذَلِـكَ، فَفَعَلْتُ ثُمَّ أَتَيْتُهُ، فَقَالَ: اعْلَـمْ وِكَاءَهَا وَوِعَاءَهَا وَعِدَّتَهَا، فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعِدَّتِهَا وَوِعَائِهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ، وَإِلَّا فَاسْـتَنْفِعْ بِهَا**»(٧)،

---

(١) متفق عليه: البخاري (٢٣٧٢)، مسلم [٥/ ١٣٣]، وهو في التحفة [٣/ ٢٤١].

(٢) قولـه: «زمعة»، كذا في شب، وهو تحريف صوابـه ربيعة، والحديث أخرجه مسـلم [٥/ ١٣٥]، وهو في التحفة [٣/ ٢٤١].

(٣) أخرجه مسلم [٥/ ١٣٥]، وهو في التحفة [٣/ ٢٤١].

(٤) سـلمة بن كهيـل الحضرمي الكوفي، ثقة يتشـيع، مـن الرابعة. تقريـب التهذيب، ص (٤٠٢).

(٥) سـويد بن غفلة الجعفي، مخضرم، من الثانية من كبار التابعين. تقريب التهذيب، ص (٤٢٤).

(٦) قولـه: «مُنَاخِ»، هو الموضع الـذي تناخ فيه الإبل، أي: تُبرك فيه، ينظر: لسـان العرب [٣/ ٦٥].

(٧) متفق عليه: البخاري (٢٤٢٦)، مسلم [٥/ ١٣٦]، وهو في التحفة [١/ ١٨].

فلمَّـا أمره النبيُّ ﷺ بدفعهـا إلىٰ طالبها إذا عَرَفَ عفاصهـا ووكاءها، وجب علىٰ الملتقط دفعها إليه وإن لم تكن للطالب بينةٌ علىٰ ذلك.

فـإن قيل: إنَّ الطالـب قد يجوز أن يكون غيـر الذي يَعْرِفُهـا، فليس يجوز للملتقط أن يدفعها إليه بغير بيِّنةٍ (١).

قيل له: قد جعل النبيُّ ﷺ بينة الطالب ما يذكره من العفاص والوكاء، وأَمَرَ الملتقـط أن يدفعهـا إليه إذا ذكر ذلـك، والبيِّنات فتختلف علىٰ حسـب الأحوال المشهود عليها.

ألا تـرىٰ: أَنَّهَا تجوز في مواضـع الضرورة ما لا يجوز فـي غير الضرورة، من ذلك: شهادة النساء منفرداتٍ، تجوز فيما لا يطلع الرجال عليه؛ للضرورة إلىٰ ذلك؛ لأنّه لا يحضره الرجال.

فكذلك جعـل العفاص والوكاء بيِّنَةً في دفع المـال إلىٰ الطالب؛ لأنَّ إقامة البيّنة علىٰ سـقوط ماله يتعذر ويشق، ولو جُعِلَ ذلك، لأدىٰ ذلك إلىٰ ترك انتفاعه بماله؛ لأنّه لا يقدر أن يحرّكه ويغيّر شـده، ولو فعل ذلك، لاحتاج أن يشـهد عليه ثانيةً، وهو قولٌ بَيِّنُ الفساد؛ لأنّه يؤدِّي إلىٰ ترك انتفاع النّاس بأموالهم؛ ولأنَّ الذي في يده اللقطة لمّا كان لا يدَّعيها لنفسه وليس مدَّعىٰ عليه لعينه.

ألا ترىٰ: أنّه لا يحلف إذا لم تكن [١/٢٧/أ] للمعترِفِ المطالِبِ بيِّنةٌ، فكذلك لا يكلف الطالب البيِّنة؛ لأنَّ البيِّنة تلزم المدَّعي حيث تلزم المدَّعىٰ عليه اليمين.

فإن قيل: لو كانت العلَّة ما ذكرت: «تعذّر الإشـهاد في حال سقوط المال،

---

(١) ينظر الاعتراض في: المبسوط [١١/٨].

وأنَّ ذلك قد يؤدِّي إلىٰ ترك انتفاع النّاس بأموالهم»، لكان ذلك فيمن ادَّعىٰ سرقةً فـي يد زيدٍ، أنَّ قوله يقبل إذا صفة[(١)] ذلك من وعاءٍ ووكاءٍ وعددٍ؛ لتعذر الإشـهاد علىٰ السـارق في حال ما سـرق، فلـمَّا لم تقبـل العلامة في ذلك دون الشّـهادة، فكذلك اللقطة[(٢)].

قيل: لا يلـزم ما ذكرت؛ من قِبَلِ أنَّ المدَّعىٰ عليه السَّـرِقَ ينكر ذلك، ومن يدَّعي الشّيء لنفسه فهو خصمٌ قائمٌ بعينه، فلا يعطىٰ مدَّعي ذلك عليه إلّا ببيِّنةٍ.

ألا ترىٰ: أنَّ المدَّعىٰ عليه السـرقة يُسـتَحلف إذا أنكر ذلك، وليس كذلك اللقطـة؛ لأنَّ الملتقط لا يدَّعيها لنفســه، ولا لإنسـانٍ قائمٍ بعينه غيـره، ويجوز أن تكون لطالبها، فلا يلزم ما ذكرت علىٰ اعتلالنا.

ولو لم يدَّع الذي السرِقَ في يده لنفسه، جاز أن يعطىٰ طالب ذلك بالعلامة، وقـد قال مالـكٌ: «في قطاع الطريق إذا أُخِذوا ووُجِد فـي أيديهم مالٌ، فادَّعىٰ قومٌ أنَّ مِـنْ دفـعِ[(٣)] علامة ذلك من عـددٍ وعِفَاصٍ، بأنَّـه يدفع إليه بغير بيِّنـةٍ، كاللقطة سواء»[(٤)].

وعلَّـة ذلك مـا ذكرناه، أنَّ الـذي في يده الشّـيء ليس يدَّعيه لنفســه ولا لخصـمٍ قائـمٍ بعينه، فجـاز أن يَدْفَعَ ذلك إلـىٰ الطالب بما يذكـره من العلامة؛ لجواز أن يكون له.

---

(١) قوله: «إذا صفة»، كذا في شب، ولعلها: «إذا ذكر صفة».

(٢) ينظر الاعتراض في: الحاوي للماوردي [٩/ ٤٥٥].

(٣) قوله: «أنَّ مِنْ دفعِ»، كذا في شب، والسياق يستقيم بدونها.

(٤) ينظر: المدونة [٤/ ٥٥٦].

فـإن قيل: أرأيـت إن اجتمع جماعةٌ علـىٰ ذكر علامةِ اللقطةِ واسـتووا في ذلك؟[(١)].

قيـل له: يَدفَع ذلك إليهم كلهم بعـد أيمانهم، كما يَفعَل ذلك إذا أقاموا بيِّنةً أنّه يدفع إليهم بعد أيمانهم.

فـإن قيـل: أرأيت لو دَفَـع إلىٰ واحدٍ بعلامـةٍ، ثمّ جاء آخر يذكـر مثل تلك العلامة؟[(٢)].

[١/٢٧/ب] **قيل له**: هذا كما يحكم لزيدٍ بها بالبينة، ثمّ يأتي عمرو ببيِّنةٍ أَنَّهَا له، فكلما حكم مخالفنا به من البيِّنة حكمنا بمثله في العلامة.

وقد قال مخالفنا في هذه المسألة[(٣)]: إنه يفتيه بدفعها إليه، ولا يحكم عليه.

فكيف يجوز للإنسان أن يفتي بما لا يحكم به؛ لأنَّ سبيل العالم أن لا يفتي إلّا بالحق عنده، كما لا يجوز له أن يحكم إلّا بالحق عنده[(٤)].



---

(١) ينظر الاعتراض في: مختصر المزني، ص (٢٣٦)، الحاوي للماوردي [٩/ ٤٥٥].

(٢) لم أقف علىٰ من قال بهذا الاعتراض.

(٣) يريد الشافعي رحمه الله، وقوله في: مختصر المزني، ص (٢٣٦).

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٤٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

باب الإباق

[١٢٩٤] قال: ومن وجد آبِقًا، فليس له عليه إلَّا ما أنفق وحَمْلُهُ.

⇦ فإن خاف عِظَمَ النفقة فأرسله، فهو ضامنٌ له.

⇦ وإن أَبِقَ منه، فلا ضمان عليه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه في أخذه له فَعَلَ ما يجوز له أن يفعل، وكذلك نفقته عليه وحمْلُهُ، فعلىٰ صاحب العبد أن يعطيه ذلك؛ لأنّه لا يجوز له تضييع ماله وإتلافه، فإذا حفَظِهُ عليه غيره فعليه بدل ما حفظ عليه به.

وهذا إذا كان الذي أخذه ليس ممن يطلب الجعل في أَخْذِه، فإن كان ممن يطلب الجُعْلَ علىٰ أخذه كان له ذلك؛ لِمَا قلناه: إنَّ كلّ من فعل شيئًا حفظ به مال غيره، مما لو كان صاحب المال حاضراً كان عليه فعله، فعلىٰ صاحب المال دفع ذلك إليه؛ لأنّه لو امتنع من حفظ ماله وأراد تضييعه لمُنِع من ذلك وحُجِر عليه، وكان بهذا الفعل سفيهًا، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء:٥]، أي: أموالهم، وقد نهىٰ رسول الله ﷺ عن إضاعة المال(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٦)، المدونة [٤/ ٤٦١]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٨٥].

(٢) كما في حديث كاتب المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: «كتب معاوية إلىٰ المغيرة بن شعبة: أن اكتب إليَّ بشيءٍ سمعته من النبيِّ ﷺ، فكتب إليه: سمعت

ألا تـرىٰ: أنَّ رجلاً لو أَقَادَ مِنْ قاتل وليه دون الإمام، لَمَا كان عليه قَوَدٌ ولا حَدٌّ؛ لأنّه فعل ما علىٰ الإمام فعله إذا طالبه بذلك، فكذلك الذي يأخذ العبد الآبق له أجرته إن كان ممن يطلب مثله الأجرة، وَإِلّا نفقته وحمله.

فإن أرسله خوف النفقة ضمن قيمته؛ لأنه قد تعدىٰ بإرساله بعد أن أَخَذَه؛ لأنَّ حفظه [١/٢٨/أ] علىٰ صاحبه قد لزمه، كما لو أخذ لقطةً ليحفظها، ثمّ ردَّها إلىٰ موضعها، لزمته قيمتها لصاحبها؛ لأنّه قد ضيَّع علىٰ صاحبها ما قد لزمه من حفظها له.

فإن أَبِقَ منه فلا شيء عليه إذا لم يفرط في حفظه؛ لأنّه غير متعدٍّ ولا مضيعٍ، فهو بمنزلة ما لو مات في يده.

❀❀❀

[١٢٩٥] مسألة: قال: ومن جعل في آبِقٍ ديناراً لمن جاء به، ثمّ بدا له فرجع عن ذلك، فليس ذلك له(١).

✍ إنّما قال ذلك، إذا كان قد خرج المجعول له في طلب العبد وسافر لذلك، فليس له أن يرجع عنه ويُبْطِل عمل المجعول له.

النبيَّ ﷺ يقول: إن الله كره لكم ثلاثاً: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال».
متفق عليه: البخاري (١٤٧٧)، مسلم [٢/ ٩٥]، وهو في التحفة [٨/ ٤٩٦].

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٦).

وإن كان قبـل أن يخرج في طلبـه، كان ذلك له؛ لأنَّ الجُعْلَ ليس بعقدٍ لازمٍ كالإجارة، وإنما يجري مجرىٰ الوكالة والمضاربة.

❁❁❁

[١٢٩٦] مسألة: قال: ويُحْبَس الآبق، فإن لم يأت له طالبٌ بيع إذا خيف أن يموت ضياعـًا[(١)].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ في بيعه صلاحـًا للسـيد؛ إذ فـي ذلك حفظ ماله إذا خيـف تلفه، وصلاحـًا للعبد أيضـًا؛ ليزول عنه الضرر الذي يلحقه من عدم النفقة وغير ذلك.

❁❁❁

[١٢٩٧] قال: وقد قيل: إنَّ الإمام يُخَلِّي سَبِيلَهُ ولا يتركه يموت[(٢)].

✍ يعني: يتركه حتىٰ يرجع إلىٰ سـيده؛ لأنَّ رجوعه إلىٰ سيده أو أخذ سيده له إن لم يرجع إليه أصلح لسيده من تركه حتىٰ يموت جوعـًا وضراً.

ووجـه القول الأول أوضح، أن لا يتركه حتىٰ يأتي سـيده، أو يبيعه ويحفظ ثمنه علىٰ سيده.

❁❁❁

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٦)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٨٤].

(٢) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: النوادر والزيادات [١٠/ ٤٨٤].

[١٢٩٨] مسألة: قال: ومن جعل في آبِقٍ جُعْلاً إن وجده، فإن لم يجده فله طعامه وكسوته، فلا يجوز ذلك[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الجعل هاهنا يصير مجهولاً وغرراً؛ لأنَّ المجعول له لا يدري أيُّ الجعلين يحصل له، الذي جُعِل له لمجيء العبد، أو الطعام أو الكسوة إن لم يجده، وذلك غير جائزٍ.

ولأنَّ أخذه الطعام ولا الكسوة[٢] إن لم يأت به غير جائزٍ؛ لأنَّ ذلك إنّما يستحق بمجيء العبد، كما يستحق الجعل بمجيئه، أعني: غير الطعام والكسوة.

❀❀❀

[١/٢٨/ب] [١٢٩٩] مسألة: قال: ومن جاء بآبقٍ وكان ممن يخرج بطلب الإباق، فله الجعل في ذلك على وجه الاجتهاد، وإن لم يكن يطلب الإباق، فله نفقته[٣].

✍ قد ذكرنا وجه قولِهِ: «إنَّ الجُعل[٤] إذا كان ممن يُعرف بطلب الإباق»؛ من قِبَل أنَّه فعل ما على سيِّد العبد فعله، وما يجب على الإمام فعله إذا لم يحضر

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٦)، البيان والتحصيل [٨/ ٤٢٧].

(٢) قوله: «ولا الكسوة»، كذا في شب، ولعلها: «والكسوة»، كما هي عبارة المختصر، والله أعلم.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧٦).

(٤) قوله: «إنَّ الجُعل»، كذا في شب، ولعلها: «إنَّ له الجُعل»، أو «إنَّ الجُعل له».

صاحبـه، أعني: حفظ أموال النّاس عليهم بأجرةٍ وغيـر أجرةٍ؛ لأنهم لا يجوز لهم تضييعها، ومتىٰ فعلوا ذلك، خرجوا إلىٰ حدِّ السفه ووجب الحجر عليهم.

وإن لم يكن يُعرف بطلب الإباق، كانت له نفقته دون الأجرة علىٰ ما ذكرناه.

❁❁❁

[١٣٠٠] مسألة: قال: **ووجه ما يحبس فيه الآبق سنة**[١].

✍ إنّما قـال ذلـك، قياسـاً علىٰ حفـظ اللقطة علـىٰ صاحبهـا؛ لأنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه جعل حدَّ حفظها علىٰ صاحبها سـنةً، ثمّ قال بعد السـنة: «**شَـأْنُكَ بِهَا**»[٢]، أي: في جواز التصرف، من بيعها عليه، أو نفقتها وغرم ذلك له إذا جاء، أو التصدُّق بها وتخييره إذا جاء من الأجر والغرم، فكذلك الآبق يحبسه سنةً يحفظه علىٰ صاحبه، ثمّ يجوز له بيعه وحفظ ثمنه علىٰ صاحبه.

❁❁❁

[١٣٠١] قال: **ومن وجد آبقاً فكان لمن يعرفه، فليأخذه.**

وإن كان لمن لا يعرفه، فلا يأخذه ولا يقربه[٣].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنّـه إذا كان لمن يعرفه، حَفِظَه علـىٰ صاحبه وأداه إليه

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٧٦)، المدونة [٤/ ٤٦٤]، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٨٤]، البيان والتحصيل [١٥/ ٣٦٨].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٩٣ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧٦)، المدونة [٤/ ٤٦٤].

من غير ضررٍ يلحق سيِّده في ذلك ولا العبد أيضًا، فوجب أخذه وحفظه علىٰ صاحبه.

فإذا كان لمن لا يعرفه كُرِه له أخذه؛ لأنّه لا يعرف مَنْ صاحبه فيحفظه عليه.

ولأنَّ العبد يلحقه ضررٌ بحبسه، وكذلك سيِّده يلحقه ضررٌ بتأخُّر عبده عنه، وقد يجوز أن يأخذه من يعرف سيِّده.

وليس كذلك اللقطة؛ لأنّها لا تزول من موضعٍ إلىٰ موضعٍ، ويُخاف عليها الهلاك.

وقد قال مالكٌ: «إنه لا بأس بأخذه الآبق»[1]، وهذا هو القياس، سواءٌ كان لمن يعرفه أو لا يعرفه، كما يأخذ اللقطة، عَرَفَ[١/ ٢٩/أ] صاحبها أو لم يعرفه؛ لأنَّ في أخذه حفظ مال غيره، وذلك من فعل الخير الذي قد أُمِر به الناس.

❀❀❀

[١٣٠٢] مسألة: قال: ومن جعل جُعلاً[2] في آبقٍ، ثمّ طلب نفقته مع الجعلِ، فليس له إلّا الجعل.

⇦ **ولو خلَّىٰ سبيله بعد أن أخذه لعذرٍ: خاف أنْ يضربه أو يقتله، فلا شيء عليه.**

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) في البيان والتحصيل [٨/ ٤١٧]: «جعل لرجلٍ جعلًا».

⇦ وإن كان إنّما أرسله لشدة النفقة، فهو ضامنٌ[١].

✍ إنّمـا قال: «إنه لا نفقة له مع الجعـل»؛ لأنَّ الجعل إنّما يأخذه لِمَا يلزمه من المؤنة والتعب بمجيء العبد، فليس له النفقة مع الجعل.

وله النفقة دون الجعل إذا كان ليس ممن يطلب مثله الجعل علىٰ ما ذكرناه.

فأمّا إذا أرسله بعذرٍ، مثل خوفه من قتل الآبق له، أو ضربه أو إضراره به، فلا شيء عليه؛ لأنّه غير متعدٍّ بإرساله.

وإن كان أرسله لغير عذرٍ من خوفٍ علىٰ نفسه، مثل خوف النفقة عليه، فهو ضامـنٌ؛ مـن قِبَلِ أنّه كان ينبغي لـه أن يرفعه إلىٰ الإمام لينفـق عليه، وليس يمكنه رفعه إليه مع خوفه علىٰ نفسه، فكان معذوراً بإرساله.

❀❀❀

[١٣٠٣] مسـألة: قـال: ومـن أتىٰ بـه أصحاب الإبـاق وقد سـرق، فقطعه السّلطان:

⇦ فإن كان جَعَلَ فيه جُعلاً، فهو لازمٌ له.

⇦ وإن كان لـم يجعل فيـه جُعلاً وكان لـه بالعبد حاجـةٌ، أعطاهم جعلهم وأخذه.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٦)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [١٠/ ٤٨٥]، وينظر: البيان والتحصيل [٨/ ٤١٧].

⇦ **وإن لم تكن له به حاجةٌ، فليس عليه**[١].

✍ إنّما قال: «إنَّ الجعل يلزمه إذا كان قد جَعَل له»؛ لأنّه قد ألزم نفسه ذلك، وليس له صنعٌ في سرقة العبد.

فأمّا إذا لم يجعل جُعلاً، فالخيار إلىٰ سيده، فإن شاء أعطاه جُعلَ مثله وكان له العبد، وإن شاء أسلمه له؛ لأنَّه يقول: «لم آمرك بالمجيء به، وإنما اخترتَ ذلك، فليس عليَّ جُعْلَك».

وذلك بمنزلة العبد إذا جنىٰ، أنَّ جنايته في رقبته، فإن شاء سيده أسلمه، وإن شاء افتكه بأرش الجناية.

وكذلك جُعْلُ العبد في رقبته إذا لم يأمره السيِّد بالمجيء به، فإن شاء أخذه ودفع إليه الجعل، وإن شاء تركه.



---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٦).

[١/٢٩/ب] باب الغصب

[١٣٠٤] قال: ومن استهلك شيئًا من الحيوان أو العروض[(١)]، فعليه قيمته يوم استهلكه، ومن استهلك طعامًا فعليه مثله، ومن استهلك ذهبًا أو فضةً فكذلك[(٢)].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة:١٩٤]، وقال تعالىٰ: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورىٰ:٤٠]، فعلىٰ الإنسان القصاص إذا اعتدىٰ علىٰ الإنسان في بدنه بدل ما فعل، وعليه مثله في المال، أعني: غرامة ذلك، وبذلك حكم النبيُّ صلىٰ الله عليه.

فروىٰ مالكٌ، وعبيد الله، وجماعةٌ، عن نافعٍ، عن ابن عمر، أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ العَدْلِ، فَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصَهُمْ»[(٣)].

---

(١) في موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٣) زيادة: «بغير إذن صاحبه».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٧)، المختصر الصغير، ص (٦٥٢)، المدونة [٤/ ١٧٨]، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٣٠]، التفريع مع شريح التلمساني [٩/ ١٥٨].

(٣) حديث مالك في الموطأ [٥/ ١١٢١]، ومن طريقه البخاري (٢٥٢٢)، ومسلم [٤/ ٢١٢]، وحديث عبيد الله عند البخاري (٢٥٢٣) ومسلم [٤/ ٢١٢]، والحديث في التحفة [٦/ ٦١].

وروىٰ حميدٌ، عن أنسٍ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**طَعَامٌ بِطَعَامٍ وَصَحْفَةٌ بِصَحْفَةٍ**»(١).

فوجب بدليل الكتاب والسنة علىٰ الإنسان بَدَلُ ما أتلف علىٰ الإنسانِ من ماله، عمداً كان أو خطأً؛ لأنَّ حكم الإتلاف يستوي في العمد والخطأ في المال.

ألا ترىٰ: أنَّ ذلك يستوي في وجوب الجزاء علىٰ قاتل الصيد.

فإذا كان الشّيء المتلف مما لا مثل له، كالحيوان والعروض، فعليه قيمته؛ لأنَّ ضبط مثله بالقيمة أحصر منه في الخلقة.

وإذا كان مما يكال أو يوزن، فعليه مثله في الخلقة؛ لأنَّ رد مثله في الخلقة ممكنٌ.

ولا خلاف في هذه الجملة بين فقهاء الأمصار الذين يرجع إليهم، دون من شذ منهم ولم يُعَدَّ خلافاً(٢).

❀❀❀

[١٣٠٥] مسألة: قال: ومن اغتصب عبداً، فهلك عنده من غير تعبٍ ولا طول زمانٍ، فقد ضمنه(٣).

---

(١) أخرجه الترمذي [٣/ ٣٣]، بهذا اللفظ، وهو في البخاري (٢٤٨١) وفي التحفة [١/ ١٩١].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٥٨]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ٣١٥]، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٢)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٩١].

✍ إنّما قال ذلـك؛ لأنَّ الغصب تعدٍّ، فإذا تلف المغصوب في يد الغاصب لزمه قيمته يوم غصب لتعدِّيه، وسواءٌ تلف بفعل الغاصب أو غير فعله؛ لأنّه متعدٍّ بغصبه، فعليه ضمانه.

ولا خلاف في هذا بين أهل العلم.

❀❀❀

[١٣٠٦] مسألة: قال: ومن تسوق بسلعةٍ، فأعطاه بها غير واحدٍ ثمنًا، فاستهلكها [١/ ٣٠/أ] **رجلٌ**(١)**، فهو ضامنٌ لِمَا أُعْطَاهُ، ولا يُنْظَرُ إلىٰ قيمتها**(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الثمن الذي قد أُعْطِي بها يقينٌ، والقيمة اجتهادٌ، وما قد عُلِم من بدلها بيقينٍ أولىٰ من قيمتها التي هي اجتهادٌ.

وهـذا إذا كان الثمـن يشـبه ثمنهـا، فأمَّـا إذا كان أكثر من ذلـك فليس علىٰ مستهلكها غير قيمتها، أو ثمن مثلها، والقيمة أقيس.

❀❀❀

[١٣٠٧] مسألة: قال: وإذا استكره النصراني الأمةَ، غرِمَ ما نقص من قيمتها، بكراً كانت أو ثيِّبًا.

وكذلك العبد يستكره الأمة، فإن دفع ذلك سيِّده، وَإِلّا أسلمه(٣).

---

(١) قوله: «رجلٌ»، مثبت في شب، وساقط من المطبوع.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٧)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٢)، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٧٢].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٧٧)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنهما جانيان جميعًا علىٰ مال غيرهما، والنصراني عليه غُرْمُ ما نقص من مال غيره، وذلك في ماله، والعبد فعليه ذلك في رقبته، فإن شاء سيِّده أسلمه بأرش جنايته، وإن شاء افتكَّه.

❀❀❀

[١٣٠٨] مسألة: قال: ولا يُضَعَّفُ الغُرْمُ علىٰ أحدٍ في شيءٍ استهلكه[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله تعالىٰ قال: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة:١٩٤]، وقال تعالىٰ: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورىٰ:٤٠]، فلمَّا لم يجز أن يُتَعَدَّىٰ في القِصَاص إلىٰ أكثر مما وجب، فكذلك في المال.

وكذلك قال النبيُّ ﷺ: «**طَعَامٌ كَطَعَامٍ وَقَصْعَةٌ كَقَصْعَةٍ**»[(٢)]، وكذلك من أعتق شِرْكًا له في عبدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ العَدْلِ.

فوجب بما ذكرنا من دليل الكتاب والسنة أن لا يُضَاعَفَ الغُرْمُ علىٰ أحدٍ في مالٍ، ولا قَوَدٍ في جنايةٍ.

فأمّا ما رُوِيَ عن عمر بن الخطاب من تضعيفه القيمة علىٰ البراء[(٣)] في الناقة التي انتحرها غلمانه[(٤)]، فإنَّ ذلك يجوز أن يكون له معنىٰ أو سببٌ أَوْجَبَ ذلك

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٧)، الموطأ [٤/ ١٠٨٣]، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٤)، النوادر والزيادات [١٤/ ٤٥٤]، الاستذكار [٢٢/ ٢٥٨].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٣٠٤ .

(٣) قوله: «البراء»، كذا في شب، والذي في مصادر التخريج: عبد الرحمن بن حاطب.

(٤) أخرجه مالك [٤/ ١٠٨٣]، وعبد الرزاق [١٠/ ٢٣٨]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [١٧/ ٣٥٧]، والطحاوي في مشكل الآثار [١٣/ ٣٦٥] من طريق يحيىٰ بن عبد

عليه، لا من أجل الإتلاف، ولا نعلم خلافاً في أنَّ تضعيف قيمة الشّيء المتلف غير جائزةٍ بين الفقهاء، وإنما عاقبه عمر رضي الله عنه بالغرم؛ من أجل إجاعته لعبيده، لا من أجل إتلافهم الناقة، وكذلك قال النبيُّ صلىٰ الله عليه: «**مَنْ مَنَعَهَا، يعني الزَّكَاةَ، فَإِنَّا** [١/٣٠/ب] **آخِذُوهَا وَشَطْرَ إِبِلِهِ، عَزْمَةٌ مِنْ عَزَمَاتِ رَبِّنَا عَزَّ وَجَلَّ**»[1]، أي عقوبةً علىٰ منعه الزكاة؛ لا أنَّ ذلك زكاةٌ؛ لأنَّ العقوبات قد تقع في الأبدان والأموال، بدلالة وجوب القود والحدود في الأيمان، والكفارات في الأموال.

❀❀❀

[١٣٠٩] قال: ومن استهلك زرعاً قبل أن يبدو صلاحه، غرم قيمته علىٰ قدر الرجاء والخوف[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه قد أتلف الزرع وقَطَعَه عند بلوغه إلىٰ حال الانتهاء، فوجب أن يُقَوَّم علىٰ حسب ما يرجىٰ من بلوغه، وعلىٰ قدر خوف انقطاعه عن ذلك، كما يُفْعَل ذلك في جنين الحرة والأمة، أنَّ فيه عُشْرُ دية أُمِّهِ إذا كان حراً،

الرحمن بن حاطب، «أن رقيقاً لحاطب سرقوا ناقةً لرجلٍ من مزينة فانتحروها، فرفع ذلك إلىٰ عمر بن الخطاب، فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثمّ قال عمر: أراك تجيعهم، ثمّ قال عمر: والله لأغرمنك غرماً يشق عليك، ثمّ قال للمزني: كم ثمن ناقتك؟، فقال المزني: كنت والله أمنعها من أربعمئة درهم، فقال عمر: أعطه ثمانمئة درهم»، وهو مرسل، يحيىٰ لم يدرك عمر رضي الله عنه، وقد جاء في رواية عبد الرزاق: عن يحيىٰ، عن أبيه.

(١) أخرجه أبو داود [٢/ ٣٢٣]، والنسائي في الكبرىٰ [٣/ ١١]، وهو في التحفة [٨/ ٤٢٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٧).

أو عُشْرُ قيمة أُمِّه إذا كان عبداً؛ لأنّه قد قطعه عن بلوغه إلىٰ حال الحياة، ولم تراع قيمته في نفسه، فكذلك الزرع يجب أن يُراعىٰ حال بلوغه مع جواز الخوف عليه، ولا يُقَوَّم في حال الإتلاف.

❀❀❀

[١٣١٠] مسألة: قال: ومن اغتصب قمحًا في موضعٍ، فليس عليه إلّا غرمه في الموضع الذي استهلكه فيه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ قيمة القمح تختلف في البلاد، فليس علىٰ المُتْلِفِ أن يعطي إلّا مثل ما أتلفه في الموضع الذي أتلفه، وسواءٌ كان ذلك مما يُرَدُّ مثله أو قيمته؛ لأنَّ في ردِّه في غير الموضع الذي أتلفه ضرراً عليه.

ألا ترىٰ: أنّه لو أراد ذلك المُتلِفُ وامتنع المتلف عليه، لَمَا كان ذلك له، إلّا أن يتراضيا علىٰ ذلك فيجوز.

❀❀❀

[١٣١١] مسألة: قال: ومن استهلك عليه رجلٌ متاعه فباعه:

⇦ **فإن وجده، أخذه.**

⇦ **وإن لم يجده، فله ثمنه.**

وإن كان ثوبًا فلبسه الذي اشتراه، أخذ قدر قيمة ما لبس له(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٧)، المدونة [٤/ ١٧٨]، النوادر والزيادات [١٠/ ٣١٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٧)، المدونة [٤/ ١٦٩ و ١٧١]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٦٨ و ١٨٧].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الشّيء المستهلك علىٰ ملك صاحبه بغير منعةٍ، فلصاحبه أخذه إن وجده، وإن لم يجده، فله قيمته إن كان قد تلف، أو ثمنه الذي بيع به إن شاء.

وله أن يأخذ بدل ما قد لبسه ممن وجده عنده؛ لأنّه انتفع بِشيءٍ غيره، فعليه بدل ذلك لصاحبه.

❀❀❀

[١/٣١/أ] **[١٣١٢] مسألة: قال: ومن غصب رجلاً أرضه فزرع حتىٰ بلغ، فلصاحبها الكراء.**

فإن أدركه وهو لو قلع زرعه زرع مكانه، كان ذلك له(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الغاصب متعدٍّ بالغصب وزَرْعِه الأرْض، فلصاحب الأرض قلع زرعه وإزالة التعدِّي عنه.

وقد رَوَىٰ هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً، فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٧)، وقد نقل ابن أبي زيد في النوادر [١٠/ ٣٤٠]، هذه المسألة عن ابن عبد الحكم، وفيها زيادة علىٰ ما هو مثبت هنا، هي: «قال: وقد قيل: إن من اغتصب أرضًا فزرعها فلا يعطىٰ شيئًا؛ لأنّه ليس لعرق ظالم حق، فهو أهلك ماله، والأول أحب إلينا»، وينظر: المدونة [٤/ ١٨٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٨٥]، البيان والتحصيل [٩/ ٥١].

(٢) أخرجه مالك [٤/ ١٠٧٦]، من طريق عروة بن الزبير مرسلًا، ووصله أبو داود [٣/ ٥١٠]، وغيره، وهو في التحفة [٤/ ٩].

فـإن كان وقت الزرع قد فات ولـم يقـدر صاحبها علىٰ زرعها لو قلع زرعه، لـم يكـن له قلع زرعه؛ لأنّـه لا ينتفع بذلك، ويضرُّ بصاحب الـزرع، وليس يجوز أن يضـرَّ به مـن حيث لا ينتفع هو بقلـع زرعه، وقد قال النبـيُّ ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»، رواه أبو سعيد الخدري عنه[1].

وقـد قال مالك: «إنَّ له قلع زرعه، سـواءٌ قدر أن يـزرع أرضه أم لا»[2]؛ لأنَّ الغاصب هو الذي أتلف ماله وظَلَمَ نفسه، حيث زرع ولم يكن له أن يزرع، والقول الأول كأنه أولىٰ.

❀❀❀

[١٣١٣] مسـألة: قال: ومن قُطِـعَ عليه الطريق، فكان رجـلٌ قائمٌ معهم لم يتناول شـيئًا، ثمّ اقتسـموه فأَخَذَ معهم، فغُرْمُ ما أخذ عليه، وغُرْمُ ما أخذ أصحابه يشبه أن يكون عليه[3]؛ لأنهم تعاونوا جميعـًا[4].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ غُرْمَ ما أخذه قد لزمه بأخذه مال غيره علىٰ غير حقٍّ، فوجب عليه ردُّه.

فأمّـا ما أخـذ غيره فعليه ردُّه أيضـًا؛ لأنّه سـبب إتلافه علىٰ صاحبه، فوجب

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

(٢) المدونـة [٤/ ١٨٩]، وقد نقل ابن أبي زيد في النـوادر [١٠/ ٣٤٠]، عن الأبهري أنّه حكاه عن مالك.

(٣) يعني: إذا لم يظفر بهم، كما في النوادر والزيادات [١٤/ ٤٨٢].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٧٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٦٠ و ١٤/ ٤٨٢].

عليه ردُّه وإن كان قد شاركه غيره في أخذه، كما يجب عليه القود وإن شاركه غيره في القتل، وتجب عليه الكفّارة والجزاء وإن شاركه غيره في القتل.

والقياس أن لا يكون عليه إلّا غرم ما أخذه دون ما أخذه أصحابه؛ لأنَّ كلّ واحدٍ عليه غُرْمُ ما أخذه، ولا يشبه ذلك القتل ولا الكفّارة؛ لأنَّ القتل ليس يقع فيه تبعيضٌ فيُجْعَلُ علىٰ كلّ واحدٍ بقدره، والكفارة [١/ ٣١/ب] والجزاء فإنما جعل ذلك تغليظاً؛ لأنّها حقوق الله عَزَّ وَجَلَّ، فأمّا حقوق الآدميين فبخلاف ذلك.

ألا ترىٰ: أنَّ جماعةً لو أتلفوا مال انسانٍ، لكن علىٰ كلّ واحدٍ بقدر ما أتلف دون ما أتلف صاحبه، وليس كذلك القتل والكفارة.

❀❀❀

[١٣١٤] قال: ومن خانه رجلٌ مالاً وجحده، ثمّ قَدِرَ له علىٰ مثل ذلك فأراد أن يغصبه، فلا نأمره بذلك(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الإنسان لا يجوز له أن يأخذ حقه بيده ممن وجب له عليه؛ لأنَّ ذلك كالحكم له، ولا يجوز له أن يحكم لنفسه.

وقد رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «**أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ**»(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٨)، النوادر والزيادات [٤/ ٣٠٦]، البيان والتحصيل [٣/ ٢٤٢].

(٢) أخرجه أبو داود [٤/ ١٩٣]، والترمذي [٢/ ٥٤٢]، وهو في التحفة [١١/ ٢٣٧].

وقد قال مالك: «إنَّ له أن يأخذ بقدر حقه، إذا كان عليه دَينٌ لغيره مما يصيبه في المحاصَّة، لا يزيد علىٰ ذلك»(١).

ووجه هذا القول: هو أنَّ الإنسان له أخذ حق نفسه؛ لأنَّ ذلك فِعْلُ ما يجوز له فعله، فلو قدر علىٰ أخذ حق غيره من ظالمٍ لوجب ذلك عليه؛ لأنَّ ذلك فعل خيرٍ ومعونةٌ عليه، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة:٢]، وقال النبيُّ ﷺ: «**انْصُرْ أَخَاكَ ظَالِمًا أَوْ مَظْلُومًا، قِيلَ: كَيْفَ يَنْصُرُهُ ظَالِمًا، قَالَ: بِمَنْعِهِ مِنَ الظُّلْمِ**»(٢)، وقد قال النبيُّ ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**»(٣)، فأباحها النبيُّ صلىٰ الله عليه أخذ حقها وحق ولدها بالمعروف من غير علم أبي سفيان ولا إذنه لها في ذلك، فوجب أن يجوز لكل ذي حقٍّ أن يأخذ حقه ممن منعه منه إذا قدر عليه بنفسه وغيره، والله أعلم.

❁❁❁

[١٣١٥] مسألة: قال: ومن زرع أرضًا بشبهةٍ، فعليه كراؤها - يعني: ولا يُقْطَع زرعه -، استحقها صاحبها في وقت الزرع أو غير وقته(٤).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ من زرع بشبهةٍ فليس هو متعدِّيًا بالزرع كالغاصب الذي هو متعدٍّ بالزرع، فوجب أن تكون لزرعه حرمةٌ، لا يجوز أن يقلع حتىٰ يبلغ،

---

(١) ينظر: النوادر والزيادات [١٠/ ٤٥٤].

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٤٤)، وهو في التحفة [١/ ٢٠٧].

(٣) متفق عليه: البخاري (٢٢١١)، مسلم [٥/ ١٢٩]، وهو في التحفة [١٢/ ١٤٨].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٧٨)، المدونة [٤/ ١٩٠]، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٤١].

كما وجب أن يكون للواطئ بالشـبهة [١/ ٣٢/أ] لولده الذي هو زرعه حرمةٌ لا يجوز إسقاطها، كما يكون ذلك في الزّنا.

فـكان الزارع بالشـبهة فـي أنّه مثل الزارع فـي ملكه، أنَّ ذلـك لا يُقْلع حتىٰ يبلـغ، كما كان الواطئ بشـبهة ملكٍ أو نكاحٍ كالواطـئ بنكاحٍ أو ملكٍ صحيحٍ في أنَّ لولده حرمةً.

وكان الغاصب في الزرع في أن لا حرمة له، كالواطئ زنـًا أن لا حرمة لزرعه الذي هو الولد، فوجب قلع زرعه إن أحب ذلك صاحب الأرض.



باب البضائع

[١٣١٦] قال: ومن أرسل رسولاً يشتري له سلعةً أو يستسلف له شيئًا، ففعل، ثمّ تلف من الرسول، فهو علىٰ المُرْسِل، فإن جحد ضمن الرسول(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ يد الرسول يد المُرْسِل؛ لأنَّ المُرْسِل قد ائتمنه، فإذا تلف الشّيء منه فهو علىٰ المُرْسِل، وعليه رد مثله، إلىٰ صاحبه الذي استسلف منه، وعليه تَلَفُ ما اشتراه الرسول له.

فإن جحد المُرْسِلُ أن يكون أرسل المُرْسَلَ، ضمن الرسول ما قبضه؛ لأنّه إنّما قبضه لنفسه، ولم يثبت له قبضه لغيره فيكون ذلك علىٰ غيره.



[١٣١٧] مسألة: قال: ومن أبضع مع رجلٍ بدينارٍ، وأبضع معه آخر باثنين، فهلك أحد الثلاثة، لا يُدْرَىٰ لمن هو، فهما شريكان في المصيبة، علىٰ كلّ واحدٍ منهما بقدر نصيبه(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ أصحاب الدنانير قد صاروا شركاء بملك المال، فإذا تلف منه شيءٌ كان عليهم من التلف بقدر ما لكل واحدٍ منهم.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٩).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٩)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٥).

وقد قيل في هذه المسألة: «إنَّ تلف الدينار يكون من صاحبي المال»[١]؛ لأنَّ صاحب الاثنين قد عَلِمَ أنَّ أحد الدينارين الباقي له، ويحتمل أن يكون الذي سلم منه أو من صاحب الدينار، فوجب أن تكون المصيبة منهما نصفين، وكلّ قولٍ محتملٌ، وهذا قول ابن القاسم.

❀❀❀

[١٣١٨] مسألة: قال: ومن أبضع مع رجلٍ في شيءٍ، فاشترىٰ له غيره، فهو بالخيار: إن شاء أخذه، وإن شاء ضمَّنَهُ[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ [١/٣٢/ب] لأنَّ صاحب المال مُتَعَدًّىٰ عليه، فوجب أن يكون بالخيار، كالمجني عليه وولي المقتول أنّه بالخيار، إن شاء قتل، وإن شاء عفا، وإن شاء أخذ الدية إذا بُذلت له، فكذلك ربُّ المال المبضِعِ، هو بالخيار بين أن يجيز فعله، ويكون علىٰ ما دخلا عليه إن كان ذلك علىٰ وجه المضاربة أو غيرها، وإن شاء ضمَّنَه المالَ، الخيار في ذلك لرب المال؛ لأنّه إنّما طلب الفضل بدفعه إليه، فلو لم يكن له الخيار لتَعَدَّىٰ كلّ من دُفِعَ إليه مالٌ لِطَلَبِ الفَضْلِ ليكون له الفضل بمخالفة ربّ المال، فكان يكون في ذلك ضررٌ علىٰ أرباب الأموال، فكان لهم الخيار لهذه العلّة.

وقد أعطىٰ النبيُّ ﷺ عروة البارقي ديناراً ليشتري له كبشاً، فاشترىٰ له كبشين بدينارٍ، ثمّ باع أحدهما بدينارٍ، وجاء بكبشٍ ودينارٍ إلىٰ النبيِّ ﷺ، فأخذ

---

(١) ينظر: النوادر والزيادات [٩/ ٤٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٧٩)، الموطأ [٤/ ١٠٦٢]، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٦)، البيان والتحصيل [٨/ ٢١٨].

النبيُّ صلىٰ الله عليه الكبش والدينار، وبارك له في صفقة يده، وأجاز فعل عروة(١)، ولو شاء صلىٰ الله عليه، لضمَّنَه الدينار؛ لأنّه خالف ما أُمِرَ به.

فلهذا قال مالكٌ: «إنَّ أرباب الأموال بالخيار علىٰ من يُخالف عليهم، بين تضمينهم، أو إجازة فعلهم إذا طلبوا الفضل».

فأمّا إذا كان لحفظها فلهم مثل أموالهم، والربح لمن تعدَّىٰ بترك الحفظ؛ إذ لا غرض لأرباب الأموال غير حفظها، فوجب لهم مثلها دون الفضل الذي حصل للمتعدِّي، وقد ذكرنا هذا فيما تقدَّم.

وقد رَوَىٰ مسددٌ، حدثنا سفيان، عن شبيب بن غرقدة(٢)، قال: حدثنا الحي(٣)، عن عروة، يعني: ابن الجعد البارقي، قال: «**أَعْطَاهُ النَّبِيُّ صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ دِينَاراً يَشْتَرِي بِهِ أُضْحِيَّةً أَوْ شَاةً، فَاشْتَرَىٰ شَاتَيْنِ، فَبَاعَ أَحَدَهُمَا بِدِينَارٍ وأَتَىٰ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ، فَدَعَا لَهُ بِالبَرَكَةِ، فَكَانَ لَوِ اشْتَرَىٰ تُرَابًا لَرَبِحَ فِيهِ**»(٤).

ورَوَىٰ محمد بن الصبَّاح(٥)، ....

---

(١) أخرجه البخاري (٣٦٤٢)، وهو في التحفة [٧/ ٢٩٤].

(٢) شبيب بن غرقدة، ثقة، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٤٣١).

(٣) يعني: قبيلة عروة البارقي رضي الله عنه، ينظر: فتح الباري لابن حجر [٦/ ٧٣٣].

(٤) هو الحديث المتقدم، وهذا إسناد أبي داود [٤/ ١٣٦].

(٥) قوله: «محمد بن الصبَّاح»، كذا في المخطوط، والذي في المطبوع من سنن أبي داود: الحسن بن الصباح، وليس في الرواة عن أبي المنذر من اسمه محمد بن الصباح، كما في التهذيب [٣/ ١٥٥].

حدثنا أبو المنذر[١]، حدثنا سعيد بن زيد[٢]، حدثنا الزبير بن الحارث[٣]، عن [١/ ٣٣/أ] أبي لبيدٍ[٤]، قال: حدثني عروة البارقي بهذا الحديث[٥]، ولفظه مختلف.

❀❀❀

[١٣١٩] قال: وإن اشترىٰ له ما أمره بأكثر مما أمره به، ولم يُعْلِمه حين دفع إليه، ثمّ طلب ذلك[٦]، فذلك له ما لم تتغير بزيادةٍ أو نقصانٍ، ويحلف الطالب، ويُخَيَّرُ الذي هي عنده.

وإن دخلها فوتٌ، فلا شيء عليه.

وإن علم الزيادة، كان بالخيار: إن شاء قبل، وإن شاء ردَّ[٧].

✍ إنّما قال: «إنَّ له الزيادة التي زاد ما لم تتغير السلعة بزيادةٍ أو نقصانٍ أو

---

(١) إسماعيل بن عمر الواسطي، نزيل بغداد، ثقة، من التاسعة. تقريب التهذيب، ص (١٤٢).

(٢) سعيد بن زيد بن درهم الأزدي الجهضمي البصري، صدوق له أوهام، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٣٧٨).

(٣) الزبير بن الخِرِّيت البصري، ثقة، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٣٣٥).

(٤) لِمَازة بن زَبَّار الأزدي الجهضمي البصري، صدوق ناصبي، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٨١٧).

(٥) أخرجه أبو داود [٤/ ١٣٦]، وقد تقدَّم.

(٦) يعني: طلب ثمن الزيادة، كما في موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٦).

(٧) المختصر الكبير، ص (٢٧٩)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٦)، البيان والتحصيل [٨/ ١٤٣].

حمـلٍ إن كانت جاريةً»؛ لأنَّ المأمور يقول للآمر: إمّا رضيتَ بما زِدْتُ من الثمنِ ودفعـتَ إلـي ذلك، أو رددتُ ما اشـتريتُ لك وأخذتُ المـال ولا مردَّ عليك في ذلك، فيكون القول قول المأمور.

فأمّـا إذا فاتت السـلعة بزيادةٍ أو نقصانٍ أو حمـلٍ إن كانت جاريةً، فقد فرط المأمور حيث لم يُعَرِّف ذلك الآمِرَ حتىٰ فاتت السـلعة، وكان متعدِّيـًا بذلك، ولـم يكن له شيءٌ؛ لأنّه ضيع ماله ولـم يضيعه غيره عليه.

فـإن أعلم الآمر بالزيادة وقَبِلَ ما اشـتراه له علىٰ ذلك، وجبت عليه الزيادة، فإن شاء رضي بها، وإن شاء ردَّ السلعة ما لـم تَفُتْ أو تتغيَّر بعد علمه بالزيادة، فلا يكون له ردُّها.

❀❀❀

[١٣٢٠] مسـألة: قال: ومـن أبضع مع رجلٍ بذهبٍ يبتاع بها سـلعةً، فزعم أَنَّهَا قد هلكت أو هلكت السلعة، فقوله فيها جائزٌ، فإن اتُّهِمَ حلف بالله عَزَّ وَجَلَّ: «ما خان»(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المبْضَعَ معه مؤتمنٌ، فالقول قوله في تلف ما ابتاعه، وكذلك في تلف المال قبل أن يبتاعه، مع يمينه؛ لأنّه مؤتمنٌ، بمنزلة المودَعِ.

وكذلك كلّ من كان في يده شـيءٌ علىٰ وجه الأمانة، فالقول قوله مع يمينه فيما يذكر من تلفه.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٩)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٦)، النوادر والزيادات [٧/ ٢٣١].

وكل مـن كان في يده شـيءٌ علىٰ وجـه التعدِّي، فعليه غُـرْمُ ما تلف في يده بفعله وغير فعله، وذلك كالغاصب.

وكذلك كلّ من قبض الشّـيء لمنفعة نفسه، كالمستعير [١/ ٣٣/ ب] والمرتهن، فهو ضامنٌ إذا ذكر أنّه قد تلف في يده، إلّا أن يأتي ببيِّنةٍ علىٰ تلفه، فلا يكون عليه ضمانٌ، وقد ذكرناه فيما تقدَّم.

❁❁❁

[١٣٢١] مسألة: قال: ومن أبضع مع رجلٍ بذهبٍ ليدفعها إلىٰ رجلٍ، فأنكر الرجل، فعلىٰ المبضَعِ معه البيِّنة، فإن قال: «رددتها إلىٰ صاحبها» فهو مصدَّقٌ[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المأمور بالدفع كان قادراً علىٰ أن يُشْهِد علىٰ المدفوع إليه ويتوثق للآمر، فمتىٰ لم يفعل ذلك، فقد ضيَّع علىٰ الآمر وفرَّط فيما صنع.

ويجـوز أن يكون أيضـًا لم يدفع إليه، فلم يقبـل قوله إلّا ببيِّنةٍ، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء:٦]، فأَمَرَ من في يده المال علىٰ وجه الأمانة أن يُشْهِد علىٰ من يدفع إليه؛ ليكون ذلك حُجَّةً له في الدفع متىٰ ما أنكر المدفوع إليه، فكذلك ما ذكرناه من المبضع معه.

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٧٩)، المدونة [٤/ ٤٣٦]، موطـأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٦)، النوادر والزيادات [٧/ ٢٣١]، التفريع مع شـرح التلمسـاني [٩/ ٣٥٣].

فأمّا إذا قال: «قد رددته إلىٰ صاحبه»، قُبِلَ قوله مع يمينه؛ لأنّه قد ائتمنه فيما بينه وبينه، ولم يأتمنه في الدفع إلىٰ غيره بغير بيِّنةٍ.

❁❁❁

[١٣٢٢] مسألة: قال: وكذلك لو بعث معه نفقةً لأهله، إلّا أن يكون دفع ذلك إليه، أعني: المأمور بالدفع إليه للمساكين وما أشبههم، فيكون في ذلك مُصَدَّقًا(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه من قَبْلُ: أنَّ المدفوع إليه إذا كان بعينه، لم يبرأ المأمور بالدفع إلّا ببينةٍ؛ لأنّه يقدر علىٰ الإشهاد عليه.

ولأنَّ المدفوع إليه قائمٌ بعينه، مستحقٌّ له.

وسواءٌ كان ذلك نفقةً لأهله، أو دَينًا عليه لأجنبي، أو صلةً له، أو ما أشبه ذلك؛ لقدرة المأمور علىٰ الشّهادة عليه.

فأمّا إذا كان ذلك للمساكين، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنهم لا يُعرفون بأعيانهم فيقبل قولهم إذا قالوا: لم نقبض شيئًا؛ لجواز أن يكون غيرهم قد قبض ذلك ودفع إليه.

ولأنَّ الشّهادة عليهم تكثر وتضيق إذا كانوا بغير أعيانهم.

وقد حكي [١/ ٣٤/أ] عن مالكٍ أنّه قال: «إذا كان المال الذي أمر بالدفع صلةً للمدفوع إليه أو هبةً، فلا شيء علىٰ المأمور وإن لم يُشْهد؛ لأنّه لم يُتلف عليه

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٧٩)، المدونة [٤/ ٤٣٧]، النوادر والزيادات [٧/ ٢٣١ و ٢٣٣].

مـالًا، وإن كان دَينـًا، فعليه ضمانه؛ لأنَّه قد أتلفـه عليه؛ لأنَّ صاحب الدَّين يرجع علىٰ الآمر بالدفع بالدَّين الذي له»[١].

والقول الأول كأنه أصح، والله أعلم.

❀❀❀

[١٣٢٣] مسـألة: قال: ومن أُبْضِعَ معه ببضاعةٍ من مكة إلىٰ مصر، فعرضت له إقامةٌ بالمدينة، فلا بأس أن يبعث بها مع ثقةٍ إلىٰ صاحبها يعجلها إليه[٢].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ الثقة يقوم مقـام المدفوع إليه الأول، وقد أذن له أن يسـافر بها، فجاز أن يدفعها إلىٰ ثقةٍ مثله يسـافر بها؛ لأنَّ إقامة الأول عذرٌ يُجَوِّزُ له دفع ذلك إلىٰ غيره ليدفعها إلىٰ أهلها[٣].

❀❀❀

[١٣٢٤] مسـألة: قال: ومن أبضع مع رجلٍ ببضاعةٍ علىٰ أنّه إن احتاج إليها أنفقها، فلا يجوز ذلك.

فإن اشترىٰ بها سلعةً فربح، فالربح له في القضاء، فأمّا في الحلِّ فإنَّ فيه[٤].

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٧٩)، النـوادر والزيـادات [٧/ ٢١٥]، البيـان والتحصيل [٨/ ١٢٤].

(٣) نقل التلمساني في باب الوديعة من شرح التفريع [٩/ ١٢٩]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٤) المختصـر الكبيـر، ص (٢٨٠)، النـوادر والزيـادات [٧/ ١٩٩]، البيـان والتحصيل [٨/ ١٢٧].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ أخذ البضاعة إنّما هو علىٰ وجه المعروف من الآخذ إلىٰ صاحب المال.

فإذا أخذها علىٰ أنّه إن احتاج إليها أنفقها، دخل ذلك قرضٌ يجر منفعةً؛ لأنّه إنّما أقرضه إن احتاج إليها لما أبضع معه، فكُرِهَ ذلك لهذه العلة.

فإن ربح فالربح للمُبْضَعِ معه؛ لأنّه لمّا استقرض المال ضمنه، فكان ربحه له.

❀❀❀

[١٣٢٥] مسألة: قال: ومن أرسل إلىٰ رجلٍ يشتري له ثوبًا فاشتراه، فقال الرسول: «أذهب به فأريه؟»، فيقول البائع: «نعم»، فينطلق به فيضيع، فضمانه علىٰ الذي أرسله(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الرسول لمّا اشترىٰ الثوب فقد صار ملكه للمُرْسِلِ، فإذا تلف فمن ماله تلف؛ لأنّه قبضه علىٰ وجه البيع لا علىٰ وجه الأمانة، والرسول مؤتمنٌ؛ لأنَّ يده يد المُرْسِلِ.

❀❀❀

[١٣٢٦] مسألة: قال: ومن دفع إلىٰ رجلٍ بضاعةً ليشتري بها بَزًّا من الإسكندرية، فيقدم الرّجل فيسأله عن بضاعته، فيقول: «قد رددتها إليك»، فإنّه يحلف ويبرأ(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٠)، النوادر والزيادات [٧/ ٢١٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٠)، النوادر والزيادات [٧/ ٢٣٠]، التفريع مع شرح

[١/ ٣٤/ب] ✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المبْضَعَ معه مؤتمنٌ، والقول قوله في ردِّها إليه مع يمينه.

وكذلك القول قوله مع يمينه إذا قال: تلفت منه، وهو كالمُودَعِ سواءٌ؛ لأنَّ كلّ واحدٍ منهما مؤتمنٌ.

❀❀❀

[١٣٢٧] مسألة: قال: ومن أبضع معه رجلٌ ببضاعةٍ إلىٰ رجلٍ أو صلةٍ، فيموت الرسول، ويُسْأَلُ الذي بُعِثَ إليه، فيجحد أنْ يكون دُفِعَ إليه شيءٌ، فيحلفُ ورثته - إن كان منهم[١] -: «بالله ما نعلم لها مخرجًا ولا عندنا بها علمٌ».

ولو قال الرسول قبل أن يموت: «بعث بها معي»، كان كذلك[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لجواز أن يكون قد دَفَعَ ذلك إلىٰ المبعوث إليه قبل موته، فلم يكن علىٰ ورثته شيءٌ غير يمينهم بالله ما يعلمون أَنَّهَا في ماله.

❀❀❀

[١٣٢٨] مسألة: قال: ولو هلك الرسول قبل أن يبلغ البلد، ضمن[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا مات الرسول قبل أن يبلغ البلد الذي فيه المأمور

التلمساني [٩/ ٣٥١].

(١) قوله: «منهم»، مهملة في شب، وكذا يمكن أن تكون، وفي المدونة [٤/ ٤٣٧]: «إن كان فيهم كبير»، وفي النوادر والزيادات [٧/ ١٩٧]: «إن كان يظن بهم علم ذلك».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٠)، المدونة [٤/ ٤٣٧]، النوادر والزيادات [٧/ ١٩٧].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٨٠)، المدونة [٤/ ٤٣٧]، النوادر والزيادات [٧/ ١٩٧].

بالدفـع إليـه، عُلِمَ فـي الأغلب أنّه لم يَدْفَـع ذلك إليه، وأنها فـي ماله، فوجب أن يؤخذ ذلك من ماله.

❀❀❀

[١٣٢٩] مسـألة: قال: ومن أبضـع معه قومٌ في رقيقٍ، فخلـط أموالهم، ثمّ اشـترىٰ رقيقـًا مختلطـةً، ليس لكل واحـدٍ رأسٌ بعينه، ثمّ أعطـىٰ كلّ رجلٍ منهم رأسـًا بقـدر بضاعته، وأعطـىٰ رجلاً منهـم جارية مريضـةً مرتفعـةً ابتاعها وهي مريضةٌ، فهلكت، ثمّ اعترف(١)، فهو ضامنٌ.

وإن لم يقر، فلا ضمان عليه أن يشـتري مريضـًا لمن أبضع معه، إذا لم يكن مرضـًا مَخُوفـًا ومثله يُجْتَرَأُ عليـه، ولا يرجع المبضع معه علـىٰ الآخرين، وإنما الضمان عليه(٢).

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ المبضع معه بخلطه المال غيـر متعدٍّ إذا كان المال شيئـًا واحداً؛ لأنّه لا فضل لمالٍ علىٰ مالٍ، ومنفعته واحدةٌ، وبغية النّاس فيه سواءٌ، فـإذا اشـترىٰ الرقيق، ثمّ فرقـه عليهم، جاز فعله إذا دفع إلـىٰ كلّ واحدٍ منهم بقدر ماله.

فأمّـا المريضة، فـإن كان مرضـًا مَخُوفـًا، فهو متعدٍّ بالشـراء، فعليه ضمان

---

(١) في النوادر والزيادات [٧/ ٢١١]، من غير رواية ابن عبد الحكم: «ثم أقر بما صنع».

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٨٠)، النـوادر والزيـادات [٧/ ٢١٠]، البيـان والتحصيل [٨/ ١١٠].

ذلـك؛ لأنّــه فعل ما ليس له أن يفعـل، وإذا كان مرضـاً غير مخـوفٍ ومثله [١/ ٣٥/أ] فرصةً عند التجار، فلا شيء عليه؛ لأنّه فعل ما له أن يفعل.

وتلف الجارية ممن دفعها إليه، ولا يرجع علىٰ غيره ممن اشـترىٰ لهم، ولا علىٰ المبضع معه؛ لأنَّ كلّ واحدٍ منهم غير جانٍ ولا متعدٍّ، بل أخذ ما له أَخْذُهُ.

❀❀❀

[١٣٣٠] مسألة: قال: وإذا بعث قومٌ معه ببضائع في قمحٍ، فجمع بضائعهم فاشترىٰ لهم صفقةً[١]، فلا ضمان عليه[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ خلطه مالهم جائزٌ، إذ لا فضل لمال أحدهم علـىٰ الآخر، وليس فيه اختلافٌ بعينه، فكان غيـر متعدٍّ بما فعله، ولا ضمان عليه إذا دفع إلىٰ كلّ واحدٍ ما خصه مما اشترىٰ له بماله.

❀❀❀

[١٣٣١] مسألة: قال: ومن أُبْضِعَ معه بثلاثين في جاريةٍ علىٰ صفةٍ، فاشتراها بعشرين علىٰ ما وُصِف، فهي لازمةٌ للمُبْضِعِ وقد أحسَنَ.

فإن زاد علىٰ ثمنها الدينار والدينارين، فذلك لازمٌ.

وإن كان كثيراً، فإنّه يُخَيَّر، فإن أحب أن يأخذ السـلعة ويعطيه ما زاد، فذلك له، وإن أبىٰ، غرم الذي أُبْضِعَ مَعَهُ ذهبه[٣].

---

(١) في البيان والتحصيل [٨/ ١١٢] زيادة: «ثم يصاب ذلك الطعام».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨١)، النوادر والزيادات [٧/ ٢١١].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٨٠)، النـوادر والزيـادات [٧/ ٢٠١ و ٢٠٤]، التفريع مع

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا اشتراها علىٰ الصفة بأقل من الثمن الذي سماه له فقد أحسن في ذلك، وعليه قبولها؛ لأنَّ امتناعه من قبولها سفهٌ منه.

فأمّا إذا زاد زيادةً يسيرةً فكذلك؛ لأنّه لا بد من زيادةٍ يسيرةٍ أو نقصانٍ يسيرٍ علىٰ الثمن المسمىٰ، ليس يخلو من ذلك النّاس في الأغلب.

فأمّا إذا كانت زيادةً كبيرةً، لم يلزم الآمر قبولها؛ لأنّه يقول: إنّما كان عرض شرائها بثمنٍ ما، فإذا زادت عليه زيادةً بيِّنةً لم أبلغها ولا تسمح نفسي بها، فيكون ذلك له إن شاء.

❀❀❀

[١٣٣٢] مسألة: قال: ومن أُبْضِعَ معه ببضاعةٍ في سلعةٍ، فاشترىٰ غيرها فربح، ثمّ اشترىٰ أخرىٰ فوضع، فالربح لصاحبها، والضمان علىٰ من افتات[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ ربّ المال مخيرٌ بين أن يُضَمِّنَ المتعدِّي عليه في ماله إذا خالف ما أمره به من طلب الفضل له، وبين تركه علىٰ ما كان عليه، وبين [١/ ٣٥/ب] ضمانه المال.

وله الربح فيما اشترىٰ في السلعة الأولىٰ، وعليه ضمان ما اشترىٰ من السلعة الثانية التي خسر فيها؛ لأنّه تعدَّىٰ فيهما جميعًا، فالربح لصاحبه، والضمان عليه بالتعدِّي.



شرح التلمساني [٩/ ٣٧٠].

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٠)، البيان والتحصيل [٨/ ١٠٣].

[١٣٣٣] مسـألة: قال: ومن أُبْضِع معه بسلعةٍ، وقيل: «بِع برأيك»، فباع بما لا يُعْرَف، ضَمِنَ، فإن باع بما يعرف، جاز(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا باع بما لا يعرف من الثمن، فقد تعدَّىٰ بالمحاباة، فضمن ذلك لربِّ المال، وإذا باع بما يعرف ولم يحابِ، فلا شيء عليه.

❀❀❀

[١٣٣٤] مسـألة: قال: ومن أُبْضِعَ معه في ثوبٍ، فاشـتراه، ثمّ قال لصاحبه: «أذْهَبُ فأريه»، فأذن له، فسُرِقَ، فضمانه علىٰ الذي أرسله(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الثوب قد ملكه المُرْسِـلُ بشـراء الرسـول إياه، فتلفه منه علىٰ ما ذكرناه.

❀❀❀

[١٣٣٥] قال: ومن أُبْضِعَ معه بسلعةٍ يُبَلِّغُهَا، فباعها، فصاحبها بالخيار:

⇦ بينها وبين الثمن الذي بيعت به.

⇦ أو قيمتها يوم بيعت ممن باعها إذا كانت عرضًا.

فأمّا الذهب والورق، فله ذهبه أو مثله، كيله أو وزنه(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ صاحب السلعة متعدَّىٰ عليه في ماله، فله أخذ سلعته

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٨٠)، النـوادر والزيـادات [٧/ ٢٠٩]، التفريـع مع شـرح التلمساني [٩/ ٣٦٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٠)، البيان والتحصيل [٨/ ١٠٥].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٨٠).

إن شاء، أو أخذ ثمنها الذي بيعت به، أو أخذ قيمتها إن كانت قد تلفت ممن أتلفها، إن كانت عرضًا أو حيوانًا.

فأمّا إذا كانت مما يكال أو يوزن، مثل الذهب والورق وغيره من المكيل والموزون، فليأخذ ذلك ممن أتلفه، كما لو تعدّىٰ عليه إنسانٌ فيما في يده فأتلفه، فعليه مثله في الخلقة أو القيمة علىٰ ما بيّنّاه.

❀❀❀

[١٣٣٦] مسألة: قال: ومن سافر برقيقٍ لنفسه وبضاعةٍ لقومٍ، فأنفق علىٰ نفسه، فلا يأخذ من البضاعة شيئًا(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ أخذه البضاعة هو علىٰ وجه المعروف والحسبة، فليس له أن يأخذ لها نفقةً؛ لأنَّ الصدقة [١/٣٦/أ] لا يجوز له أخذ عوضها، وقد قال رسول الله ﷺ، فيما رواه محمد بن المنكدر، عن جابر عنه: «**كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ**»(٢).

❀❀❀

[١٣٣٧] مسألة: قال: ومن بُعِثَت معه ببضاعةٍ لرجلٍ يدفعها إليه، فأخذها علىٰ أن لا يُشْهِدَ(٣) **ويكون القول قوله، ثمّ يُسْأَلُ عن ذلك الذي بُعِثَتَ إليه، فيقول: «لم أقبض»، فإن كان للمبعوث معه بينةٌ نفعه ذلك**(٤).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٠)، النوادر والزيادات [٧/ ١٩٨]، البيان والتحصيل [٨/ ١٣٣].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٧٢ .

(٣) يعني: عند دفع المال إلىٰ الرّجل المبعوث إليه.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٨٠)، النوادر والزيادات [٧/ ٢٣١].

✍ يعني: تكون للمبعوث معه بينةٌ أنّه شَـرَطَ علىٰ الدافع إليه: أن لا يُشْـهد علـىٰ المدفوع إليـه، فيكون الأمر علىٰ ما دخلا عليه، وشـرطه علـىٰ الدافع، ولا يكـون علىٰ المدفوع إليـه الضمان إذا دفع إلىٰ المأمور بالدفـع إليه بغير بينةٍ، لأنَّ الآمر له قد رضي بذلك، فلم يفرِّط ولم يضيِّع عليه شيئـًا.

فأمّا إذا لم تكن له بينةٌ علىٰ ما يدعيه من ذلك، لم يقبل قوله، وكان عليه غرم المال للآمر متىٰ لم يُشْهِد عند الدفع؛ لأنّه قد فرط بترك الإشهاد.

❀❀❀

[١٣٣٨] مسـألة: قال: ومن دُفِعَ إليه ذهبٌ وأُشْـهِدَ عليه ليدفعها، ثمّ يُسْـأل عنها، فقال: «إن كُنْتَ دَفَعْتَ إلي شيئـًا فقد ضاع»، فليس عليه إلّا يمينه[١].

✍ إنّمـا قـال ذلـك؛ لأنَّ المأمـور بالدفع هو مؤتمـنٌ علىٰ ما دُفِـع إليه من المـال، فالقول في تلفه قوله مع يمينه لو صحَّ دَفْعُ المال، إليه وهو بمنزلة المودَعِ في ذلك.

❀❀❀

[١٣٣٩] مسـألة: قـال: ومـن أُبْضِـعَ معه ببضاعـةٍ، فأراد أن يحسـب علىٰ صاحبها من النفقة كما يحسب علىٰ نفسه، فإن كان كثيراً، فذلك له[٢].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٢)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [١٠/ ٤٤٠]، وينظر: البيان والتحصيل [٨/ ١١٤].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٢)، النوادر والزيادات [٧/ ١٩٨].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ البضاعة إذا كثـرت خرج أمرها عن حدِّ المعروف؛ لشدة تشاغل المبضَعِ معه بها وقيامه عليها، فكانت له النفقة فيها بقدرها.

فأمّا إذا قلَّت فأَخَذَهَا علىٰ وجه المعروف فلا نفقة له.

❀❀❀

[١٣٤٠] قال: وقد قيل: إنه ليس علىٰ البضائع نفقةٌ إلّا أن يُبَيِّنَ[١].

[١/٣٦/ب] ✍ ووجـه هذا القول هو ما ذكرناه، أنَّ أخذ البضاعة هو علىٰ وجه المعروف والحسبة، فليس له عوضٌ علىٰ ما أخذه علىٰ هذا الوجه إلّا أن يُبَيِّنَ عند الأخذ ذلك، فتكون له النفقة؛ لأنَّه قد بيَّنَ في وقت الأخذ أنّه لم يأخذها علىٰ وجه المعروف بغير نفقةٍ.

❀❀❀

[١٣٤١] مسـألة: قال: ومن كان له علىٰ رجلٍ دينارٌ، فيقول له: «معي ذهبٌ لا أعرف وزنها، وهذه ثلاثةٌ فاذهب فاستوفِ دينارك»، فيضيع، فمصيبة ديناره منه، وهو في الباقين أمين[٢].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ قبضه للدينار هو علىٰ وجه القضاء، فكانت مصيبته منه، وما زاد عليه فهو أمين فيه، فليس عليه ضمانٌ.

❀❀❀

---

(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٢).

[١٣٤٢] مسألة: قال: وإن اشترىٰ لرجلٍ ثوبًا بأمره، فدفع إليه ثمنه فسقط منه، غَرِمَ الذي أمره ولا يغرم الرسول[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ شراء الثوب هو للآمر وملكه له، فعليه دفع ثمنه إلىٰ البائع.

وما تلف من الثمن في يد الرسول فهو من الآمر؛ لأنَّ يد الرسول يد المُرْسِلِ؛ إذ هو أمينه.

وعليه أن يدفع الثمن إلىٰ بائع الثوب؛ لأنَّ ذلك قد لزمه، ولا ينفسخ البيع بتلف الثمن الذي كان مع الرسول.



[١٣٤٣] مسألة: قال: ومن أُمِرَ ببيع بضاعةٍ، فباع، ثمّ وضع عن المشتري، فأنكر ربها، فليس له أن يضع من ذلك شيئًا إلّا أن يَعْلَمَ أنَّ ذلك رأي صاحبها[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ثمن البضاعة هو ملك للمُبْضِعِ، أعني: صاحب البضاعة، فلا يجوز للمأمور بالبيع أن يضع منه شيئًا بغير أمره؛ لأنّه إنّما يترك حقَّ غيره، وليس ذلك له.

❖ ❖ ❖

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٢).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٢)، النوادر والزيادات [٧/ ٢١٣]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٦٢].

باب القضاء في الرباع

[١٣٤٤] قال: ومن كانت في يده دارٌ سنين، هو وأبوه من قبله، ثمّ جاء رجلٌ فأقام البيِّنَة أَنَّهَا لجده[١]، وينكر الذي هي في يده ويقول: «هي بيدي وبيد أبي من [١/٣٧/أ] قبلي[٢]»، فيَحْلِفُ علىٰ ذلك: «أنّه ما يعلم للطالب فيها حقًا»، ويذكر من أين صارت له، كان الطالب غائبًا أو حاضراً[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النّاس في الأغلب لا يَدَعُون دورهم وأملاكهم في يد غيرهم يتصرفون فيها تصرُّف المُلَّاكِ بالبناء والهدم والإجارة، ثمّ لا يَدَّعُون ذلك ولا يعارضونهم فيها.

وإذا كان ذلك علىٰ ما وصفنا في الأغلب والعرف من الناس، ثمّ ادَّعىٰ مُدَّعٍ خلاف نقد الناس، وخلاف سيرهم وحمولتهم في الموضع الذي تعاقدا فيه البيع والإجارة؛ لأنَّ[٤] ذلك يضعِّف دعواه ويتّهم فيه، فكذلك ما ذكرناه في أمر الدّار

---

(١) في موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٥)، زيادة: «ويقيم البيّنة علىٰ ذلك».

(٢) في موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٥)، زيادة: «وهذا المدعي حاضرٌ، وأبوه من قبله».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٨٣)، المختصر الصغير، ص (٦٥٣)، المدونة [٤/ ٥٠]، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٥).

(٤) قوله: «لأنَّ»، كذا في شب، ولعلها: «فإن».

إذا ادَّعىٰ خلاف ما يعرفه الناس، لم تقبل دعواه واتُّهِمَ في ذلك، وكذلك تُتَّهَمُ بيِّنته فلا تُقبل.

وهذا إذا كان المُدَّعِي حاضراً في البلد الذي به الدار، غير غائبٍ عنه، فأمّا إذا كان غائبًا، ثمّ قدِم:

⇦ فإن كانت للذي في يده الدّار بَيِّنَةٌ أنَّ الدّار التي في يده صارت إليه من جهة المدَّعِي أو أبيه أو جده، فكان أولىٰ بالدار؛ لقوة سببه بقيام البيِّنَة له أنَّهَا له علىٰ السماع، مع كونها في يده، فكان أولىٰ من بَيِّنَة الخارج بغير يدٍ؛ لأنَّ بَيِّنَة الخارج بإزائها بَيِّنَةٌ تخبر عن خروجها من ملك المُدَّعي أو من يدَّعي بسببه.

⇦ فأمّا إذا لم تكن للذي في يده الدّار بَيِّنَةٌ علىٰ ما ذكره، فالمدَّعي لها أولىٰ إذا أقام البيِّنَة أنَّهَا له أو لأبيه أو لجده؛ من قِبَل أنَّ البيِّنَة أولىٰ من اليد المفردة التي لا بَيِّنَة معها.

فهذا ما حكاه ابن القاسم عن مالك[1]، وكذلك سائر أصحابه.

وحكىٰ ابن عبد الحكم في هذا الكتاب في الحاضر مثل ذلك.

فأمّا إذا لم تكن للذي في يده الدّار بَيِّنَةُ السماع علىٰ ما ذكر: أنَّهَا صارت إليه من قِبَلِ أبِي المدَّعي أوجده الذي ذكر المدعي أنَّهَا صارت إليه من أجله، فإن الدّار يحكم بها [١/٣٧/ب] للذي كان غائبًا إذا أقام البيِّنَة؛ لأنَّ البيِّنَة المفردة أولىٰ من اليد المفردة بغير بيِّنةٍ، وقد قال النبيُّ ﷺ: «**البيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي واليمِينُ عَلَىٰ**

---

(١) ينظر: المدونة [٤/ ٤٥].

المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ»(١)، فإذا ذكر الغائب البيِّنَة، حُكِمَ له بها إذا لم تكن للحاضر بَيِّنَةٌ مع يده.

فأمّا إذا كانت له بَيِّنَة السماع مع يده القديمة وطول حيازته، كانت بيِّنته مع طول حيازته أولىٰ.

فأمّا المُدَّعِي الحاضر إذا أقام البيِّنَة، لم يُسْمَع منه مع طول حيازة المُدَّعَىٰ عليه، وسواءٌ كانت له بَيِّنَة السماع مع طول حيازته أم لا؛ لضعف دعوىٰ المدَّعِي الحاضر، وقوة سبب المُدَّعَىٰ عليه الحائز للدار المدة الطويلة، لا يعارضه فيها الحاضر ولا يذكرها ولا ينسبها إليه علىٰ ما ذكرناه.

وقد رَوَىٰ ابن وهب، قال: أخبرني عبد الجبار بن عمر(٢)، عن ربيعة، عن ابن المسيب، يرفع الحديث إلىٰ رسول الله صلىٰ الله عليه أنّه قال: «**مَنْ حَازَ شَيْئًا عَشْرَ سِنِينَ، فَهُوَ بِالخِيَارِ**»(٣).

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٩٧ .

(٢) عبد الجبار بن عمر الأيلي الأموي مولاهم، ضعيف، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٥٦٢).

(٣) أخرجه ابن وهب في الموطأ – كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٤)، وهو في المدونة [٤/ ٥٠].

قال عبد الجبار، وحدثني عبد العزيز بن المطلب(١)، عن زيد بن أسلم عن النبيِّ ﷺ مثله(٢).

قال ابن وهبٍ، وحدثني عبد الجبار عن ربيعة أنّه قال: «إِذَا كَانَ الرَّجُلُ حَاضِراً وَمَالُهُ فِي يَدَيْ غَيْرِهِ، وَمَضَتْ عَشْرُ سِنِينَ وَهُوَ عَلَىٰ ذَلِكَ، كَانَ المَالُ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ لِحِيَازَتِهِ عَشْرَ سِنِينَ، إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ عَلَىٰ أَنَّهُ أَكْرَاهُ، أَوْ أَسْكَنَ، أَوْ أَعَارَ عَارِيَّةً، أَوْ صَنَعَ شَيْئاً مِنْ هَذَا، وَإِلَّا فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ»، وقَالَ رَبِيعَةُ: «وَلَا حِيَازَةَ عَلَىٰ غَائِبٍ»(٣).

قال ابن وهبٍ: وَسَمِعْتُ اللَّيْثَ بن سَعْدٍ يَقُولُ ذَلِكَ، إِلا أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ لِلْحَاضِرِ فِي الحِيَازَةِ وَقْتاً(٤).

❁❁❁

[١٣٤٥] مسألة: قال: ومن كان لهم فناءٌ يرمون فيه، ثمّ غابوا فاتُّخِذَ مقبرةً، ثمّ جاؤوا فقالوا: «نسوي المقابر ونرمي علىٰ حال ما كنا نرمي»، فذلك لهم في كلّ قديمٍ، وأمّا كلُّ جديدٍ فلا نحب لهم درسَ ذلك(٥).

---

(١) عبد العزيز بن المطلب بن عبد الله بن حنطب المخزومي المدني، صدوق، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٦١٦).

(٢) أخرجه ابن وهب في الموطأ – كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٤)، وهو في المدونة [٤/ ٥٠].

(٣) أخرجه ابن وهب في الموطأ – كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٥)، وهو في المدونة [٤/ ٥٠].

(٤) أخرجه ابن وهب في الموطأ – كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٥).

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٨٣)، النوادر والزيادات [١/ ٦٥١]، البيان والتحصيل [٩/ ١٦٢].

[١/٣٨/أ] ✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الفناء حقٌّ لهم وملكٌ، فإذا غُصِبوا عليه فلهم أن يأخـذوه ويردُّوهُ إلىٰ ما كان عليه، وسـواءٌ جُعِل ذلك مقبرةً أو غيرها؛ لأنَّ حق الإنسان وملكه لا يزول بالتعدِّي عليه.

وكَـرِه ذلـك في المقبـرة الجديدة؛ لقرب عهـد الدفن، وتـأذِّي أهل الميت بدرس القبور؛ ولأنَّ حرمتهم مع بقائهم أعظم منها إذا كانوا ترابـًا واندرسوا.

❀❀❀

[١٣٤٦] مسألة: قال: ومن قدِم من الأندلس أو إفريقية، فيجد داره قد حازها رجلٌ وبناها، فيقيم البيِّنَة علىٰ أصلها، فإن كان الذي فيها قد سُمِعَ أنّه اشتراها، وإن لم يُقِم علىٰ أصل البيع بيِّنَةً إلّا أنَّ ذلك سُمِعَ بحاضرةٍ، فهي للذي هي في يده، وَإِلّا كان القادم أولىٰ بها(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ بَيِّنَة السماع إذا كانت مع طول حيازةٍ، فهي أوكد من بَيِّنَـة الخارج الذي لا حيازة له، كما كانت البيِّنَة التي معها اليد أولىٰ من البيِّنَة التي لا يد معها.

وهذا إذا كانت بَيِّنَة صاحب اليد التي هي بَيِّنَة السماع: أنَّ الذي في يده الدّار صـارت إليـه من جهة المدَّعِي، أو أبيـه، أو جده، فإذا لـم يُشْـهَدْ كذلك كانت بَيِّنَة القادم أولىٰ؛ لأنّها قد أثبتت أنَّ الدّار ملكه، أو ملك أبيه، أو جده، حتىٰ يُعْلَم زوال ذلك منهم إلىٰ الذي هي في يديه.



(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٣)، النوادر والزيادات [٩/ ١٥].

[١٣٤٧] قال: ومن باع علىٰ ابنته - وقد تزوَّجت - هو وزوجها داراً، فأقامت في يد المشتري أربع عشرة سنةً يبني ويهدم وهي معه في البلد مقيمةٌ، ثمّ أنكرت البيع ووكالتهما، فإن كانت لهما بَيِّنَة عليها أو كانت ممن يليانها، وَإِلّا حلفت بالله: «ما عَلِمْتُ بذلك»، ويُرَدُّ البيع[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ بيع الأب والزوج علىٰ المرأة غير جائزٍ إذا كانت المرأة رشيدةً إلّا بوكالتها لهما، وإذا كان كذلك، فبيعهما عليها غير جائزٍ، وتحلف بالله أَنَّهَا لم [١/٣٨/ب] تعلم ببيعهما لها ولا رضيت به، ويكون لها أخذ الدّار من يد المشتري، ويرجع المشتري بالثمن علىٰ من باعه.

❀❀❀

[١٣٤٨] مسألة: قال: ومن حاز داراً سنين، ثمّ يأتي من يقيم البيِّنَة أَنَّهَا لجده، وقد كان أبوه حاضراً يراها في يد الذي هي في يده، فنازعه أو لم ينازعه حتىٰ مات، ثمّ جاء الابن يخاصِمُ، فلا يَرِدُ مثل هذا إذا اخْتَزَلَ به زمانًا وكانوا حضوراً، ولا سيما إذا كان يُظْهِر ويقول: «هي لي»[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه فيما تقدَّم: أنَّ الإنسان لا يترك غيره يتصرَّف في ملكه مدَّةً طويلةً بهدمٍ وبناءٍ وبيعٍ وشري، لا ينازعه في ذلك ولا ينكر ذلك عليه ولا يكلّمه إذا كانت يداً غاصبةً، وإذا كان الأمر في عرف النّاس وغالبهم

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٣)، النوادر والزيادات [٩/ ٢٦ و ١٠/ ٣٦٣].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٣)، النوادر والزيادات [٩/ ١٠].

كذلك، ثمّ ادَّعىٰ إنسـانٌ ما يخرج به عن عرف الناس، لم تقبل دعواه، وكذلك إن أقام بَيِّنَةً علىٰ ذلك كانت بينته متهمةً.

فلمّـا لم يكن لجد هـذا المدَّعي الذي صار إليه الملـك من جهته أن يدَّعي ذلـك لو كان باقيـاً مع طول حيازة الذي كانت فـي يده وتصرُّفه فيها وتركه النكير عليه، كان كذلك من يدَّعي بسببه، وقد ذكرنا هذا فيما تقدَّم.

۞۞۞

[١٣٤٩] مسـألة: قال: ومن ادُّعِيَ عليه دورٌ في يديه، فيُسْأَلُ أن يُقِرَّ أو يُنْكِرَ، فيأبىٰ، وقال: «لِتُقِمِ البيِّنَة عليَّ»، فلا يُتْرَكُ حتىٰ يُجْبَرَ علىٰ أن يقرَّ أو ينكر[١].

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنَّ المُدَّعَـىٰ عليه قد لزمـه الإقرار إذا كانـت الدّار له حقّـًا، أو ردَّها بالإنكار، لا بدَّ له من ذلك، فـإذا امتنع من الإقرار أو الإنكار، فهو مُعَنِّـتٌ بذلك، تـاركٌ لِمَا قد أُمِر به، فوجب جبره علىٰ الإقرار أو الإنكار، وقد قال النبـيُّ ﷺ: «**البَيِّنَةُ عَلَـىٰ المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَىٰ المُنْكِـرِ**»[٢]، فعُلِمَ بهذا أن المُدَّعَىٰ عليه لا بدَّ له أن يُقِرَّ أو يُنْكِرَ.

۞۞۞

[١٣٥٠] مسألة: قال: وإذا حاز الرّجل الدّار علىٰ ربها زمانـًا طويلاً، والذي

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٨٣)، النـوادر والزيـادات [٨/ ١٧٤]، البيـان والتحصيل [١٤/ ١٤٦].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٩٧ .

كانت له الدّار معه بالبلد يراه [١/ ٣٩/أ] يسكن ويعمل وينسب المساكن في الدّار إلىٰ نفسه، ظاهِرٌ ذلك في أهل البلد، فأرىٰ أن[1] ينتفع بطول حيازته.

وإن كان علىٰ غير ذلك، اجتهد السلطان فيه بقدر ما يحضره[2].

✍ قد ذكرنا وجه هذه المسألة فيما تقدَّم؛ وهو أنَّ الإنسان لا يترك ملكه يَتَصَرَّفُ فيه غيرُهُ وينْسِبُه إلىٰ نفسه ويهدم ويبني، لا يُنْكِر ذلك عليه، ولا يمنعه منه، ولا يكلّمه إن كان غاصباً، هذا هو الأغلب من الناس، فإذا خرج المدَّعِي عن عرف النّاس لم تسمع دعواه وإن أقام بيِّنةً؛ لأنَّ تركه طول هذه المدة ما يَتَّهِمُ بيِّنته؛ لجواز أن يكون قد باع، أو وهب من حيث لا تعلم بيِّنَتُه؛ لأنَّ ترك تصرُّف الذي في يده بِهَدْمٍ وبِناءٍ واستغلالٍ وأشباه ذلك، يدلُّ علىٰ انتقال ملك ذلك إليه.

❀❀❀

[١٣٥١] مسألة: قال: ومن كان له شريكٌ غائبٌ في دارٍ، فيقدُم فيقول: «قد قاسمتك، وهذه ناحيتي»، وينكر الغائب، فعلىٰ الذي يدَّعي القَسْمَ البيِّنَة[3].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الدّار ملكهما في الأصل، فهي بينهما، وعلىٰ الذي يدّعي القسم البيِّنَة أَنَّهَا قد قُسِمَت، وعلىٰ شريكه المنكِر اليمين أَنَّهَا لم تُقَسَم، فتكون بينهما علىٰ الأصل شائعةً.

❀❀❀

---

(١) قوله: «فأرىٰ أن»، كذا في شب، وفي المطبوع: «فإن كان».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٤)، النوادر والزيادات [٩/ ١٣].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٨٤)، البيان والتحصيل [١٢/ ١١].

[١٣٥٢] مسألة: قال: ومن حاز أرضًا علىٰ أبيه سنين يزرعها، فهلك فادَّعاها، وينكر إخوته دعواه، فإن لم تكن بَيِّنَةٌ، فلا حقَّ له، وقد يدبِّرُ الرّجل أمر أبيه.

ولو كان ابنٌ لا يعالج لأبيه ولا يقوم له، فقام بالحيازة علىٰ أبيه، لم يكن له شيءٌ إلّا ببيِّنةٍ.

والأجنبي في ذلك أقوىٰ؛ لطول الحيازة وموت الشهداء(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ العرف قد جرىٰ من الناس، أنَّ أولادهم يقومون بأمورهم في دورهم وغلَّاتهم، وينوبون عنهم في التّصرُّف والقيام بها، فإذا ادَّعىٰ الابن ملك ذلك بحيازته وتصرُّفه لم يقبل ذلك منه إلّا ببيِّنةٍ، ولم يكن في ذلك بمنزلة الأجنبي الذي لا يقوم بذلك من الأجنبي إلّا بتسليط الأجنبي إياه [١/٣٩ب] بتوكيلٍ أو غيره.

❀❀❀

[١٣٥٣] مسألة: قال: وإذا اختصم رجلان من أهل القرىٰ إلىٰ والٍ في دورٍ، فيقيم هذا بَيِّنَةً - فيُعَدَّلُوا(٢) - علىٰ أنَّها له، ويقيم هذا بَيِّنَةً من أهل ناحيته - ولا يأتي لهم بتَعْدِيلٍ - ويقول: «هم يُعْرَفُون بالعَدْلِ في مكانهم»:

⇦ فليكتب القاضي في أمرهم إن كان عليهم والٍ.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٤)، النوادر والزيادات [٩/ ٢٢]، البيان والتحصيل [١١/ ١٤٥].

(٢) قوله: «فيُعَدَّلُوا»، كذا في شب، وفي المطبوع: «فيعدلها».

⇦ **وإن كانوا علىٰ غير ذلك، فليَدَعْهُم ولا يقض بينهم بشيءٍ، ذلك أحب إلينا**[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لجواز أن تكون البيِّنَة الغريبة عدلاً في موضعها، فيجب علىٰ الحاكم أن يكتب إلىٰ من يستعلم ذلك منه، ثمّ يحكم بأعدلهما بَيِّنَةً.

فإن استوت في العدالة وكان الشّيء في يد أَحَدِهِمَا حَكَم له، وإن كان ليس في يد أحدهما، حكم به لهما جميعاً بعد أيمانهما؛ لاستوائهما في الحجة.

وكذلك إذا كان في أيديهما وأقاما البيِّنَةَ واستوت في العدالة، حكم به لهما بعد أيمانهما.

وإن كان في يد أحدهما، حكم لصاحب اليد مع البيِّنَةِ، إذا تساوت في العدالة بَيِّنَةُ الذي لا يد له.

وإن لم يكن الحاكم والياً علىٰ أهل ناحية التي فيها الشهود، لم يكتب إليها؛ لأنَّ حكمه غير جائزٍ عليهم، وتَرَكَ غيره يحكم بينهم.

❀❀❀

[١٣٥٤] مسألة: قال: ومن ثبتت عليه بَيِّنَةٌ بمنزلٍ، فيُسْأَلُ عَنْ حُجَّةٍ، فيذكر حُجَّةً قويةً، فيُضْرَبُ له الأجل الشهرين والثلاثة، ويَذْكُرُ تَفَرُّقَ شهوده[(٢)]:

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٤)، النوادر والزيادات [٨/ ٢٨٢]، البيان والتحصيل [٩/ ١٩٨].

(٢) في النوادر والزيادات [٨/ ٢٢٢]: «فيؤجل له الأجل الواسع: الشهرين والثلاثة، ويذهب الأجل ولا يأتي بشيء، ويقول: تفرّقت بيّنتي».

⇦ **فإن كان مأمونـًا مُصَدقـًا غير مُتَّهمٍ، فليزده في الأجل.**

⇦ **وإن كان يرىٰ أنّه يريد الإضرار والرجل المُلِدُّ[١]، فلا يُمَكَّن من ذلك، إلاّ أن يكون قد تقارب من شأنه، ما لم يُخْتَبَر كذبه في مثله، فيُستبرأ بالأجل القريب، ثمّ يقضىٰ عليه[٢].**

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ بَيِّنَة الإنسـان قد تكـون غائبةً عنه في وقت خصومة غيـره إياه، فـإذا ذكر حُجَّـةً أو بَيِّنَةً تُبطل حُجَّـةُ خصمه أو بيِّنتـه وكان مأمونـًا عند الحاكم والناس، أنظره بذلك - علىٰ حسب ما يذكر من غيبة بيِّنَتِه وحضورها بعد الأجل الذي يؤخِّره - الحاكم.

وإن كان غيـر مأمونٍ، لم يُنْظِـره الحاكم؛ [١/٤٠/أ] لأنّه إنّمـا أراد بذلك إزالة الحكـم والحُجَّة التي قد اتجهت عليه وثبتت لخصمـه عليه، وإنما يفعل الحاكم من ذلك حسب ما يراه، ويجتهد فيه بقدر ذلك.



---

(١) قوله: «المُلِـدُّ»، هو المماطل، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٤٣٩).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٤)، النوادر والزيادات [٨/ ٢٢٢].

باب في الدعوى والأيمان

[١٣٥٥] قال: ومن ادَّعَىٰ قِبَل رجلٍ دنانير من ثمن سلعةٍ باعها إياه، وقال الرجل: «بل وديعةٌ وقد ضاعت»، فيحلف بالله ما كانت إلّا وديعةً وقد ضاعت، ولا شيء عليه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المُدَّعِي أَنَّهَا من ثمن سلعةٍ يريد أن يلزم ذمة المُدَّعَىٰ عليه شيئًا، وينكر ذلك المُدَّعَىٰ عليه ويقول: «إنّها أمانةٌ في يده»، فالقول قوله مع يمينه.

وعلىٰ المُدَّعِي البيّنة علىٰ ما يدَّعيه، وَإِلّا حلف المُدَّعَىٰ عليه أَنَّهَا وديعةٌ وقد ضاعت؛ لأنّه في الأصل بريءُ الذمَّة، ولا شيء فيها حتىٰ يُبَيِّن الآخرُ حجةً أنَّ ذمَّته قد وجب فيها حقٌّ له.

❀❀❀

[١٣٥٦] مسألة: قال: ومن ادَّعَىٰ قِبَل رجلٍ وديعةً، فقال: «بل مقارضَةٌ وقد هلك بعض المال»، فإنّه يحلف الذي يدَّعِي أَنَّهَا قِراضٌ، لا يكون إلّا ذلك(٢).

✍ إنّما قال: «إنَّ القول قول الذي يدَّعِي القِرَاضَ، لا قول ربِّ المال»؛ لأنَّ القِرَاضَ أمانةٌ كالوديعةِ وليس هو دَيناً يتعلّق بالذمَّة، فكان القول قول المقِرِّ الذي

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٥)، النوادر والزيادات [٩/ ٢٣٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٥)، المدونة [٤/ ٤٣٩]، النوادر والزيادات [٧/ ٢٨٥].

فـي يده المال؛ لأنَّ حكم الوديعة والقراض في أنهما أمانةٌ واحدٌ؛ فلهذا قال: «إنَّ القـول قول الذي في يده المـال إذا قال هو قراضٌ»؛ لأنَّ ذلك بمنزلة ما يقول: إنَّهُ وديعةٌ.

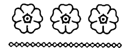
❀❀❀

[١٣٥٧] مسألة: قال: وقد قيل في رجلٍ يُقِرُّ بقراضٍ عنده في سلعٍ اشتراها، ويقول ربُّ المال: «بل سـلفٌ»، فالقول قول ربِّ المـال، والبيِّنة علىٰ الذي يزعم أنّه قِرَاضٌ(١).

✍ وجه هذا القول؛ هو أنَّ الذي في يده المال قد أقر أنَّ المال لربه، وادَّعىٰ فيـه حقّـًا وإذنـًا من صاحبه في التّصرُّف فيه، وقد أنكر ذلـك صاحبه، فعليه البيِّنة علىٰ ذلك؛ لأنّه مُدَّعٍ ذلك علىٰ ربِّ المـال، وَإِلّا حلف ربَّ المال علىٰ ما يذكره من القراض.

ووجـه القول الأول كأنه أصـحُّ؛ من قِبَلِ أنَّ الذي في يـده المال إنّما أقر به علىٰ وصفٍ مـا، وهو أنَّه في يده أمانـةٌ، [١/ ٤٠/ب] دون أن يكون فـي ذمَّته، فالقول قوله مع يمينه.

وعلىٰ ربِّ المال الذي يدَّعِي ذلك فـي ذمَّته وهو القرض البيِّنة علىٰ ذلك؛ مـن قِبَلِ أنَّ ذمَّة المُدَّعَىٰ عليه القرض بريئةٌ في الأصل، حتىٰ يُعْلَم أنّه قد تعلَّق بها حقٌّ من قرضٍ أو غيره.



---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٥)، المدونة [٣/ ٦٦١]، النوادر والزيادات [٧/ ٢٨٤].

[١٣٥٨] مسـألة: قـال: ومن قال: «كان لرجـلٍ عليَّ ألف دينـارٍ فقضيته»، وأنكر، فهو ضامنٌ[١].

✍ إنّمـا قال ذلك لأنَّه قد أقر أنَّ في ذمَّته مـالاً لغيره، فقد وجب ذلك عليه بإقراره، ثمّ ادَّعىٰ خروجه منه وبراءَةَ ذمّته مما وجب فيها، فعليه البيِّنة علىٰ ذلك.

وإن لم تكن له بيِّنةٌ، حلف المُقَرُّ له أنّه ما اقتضىٰ منه شيئًا، ثمّ غرم له ذلك.

❀❀❀

[١٣٥٩] مسـألة: قال: وإن قال: «كانت لك عنـدي وديعةٌ فرددتها إليك»، فقد برئ، وكذلك كلّ ما كان في أمانته.

وكلّ ما كان في ذمَّته، فالمخرج عليه ولا يقبل قوله[٢].

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ الوديعة هي أمانةٌ في يده، لا تتعلَّق بذمَّته، فإذا قال: «قـد رددتها علىٰ صاحبها»، فالقول قوله مـع يمينه، كما لو قال: «قد تلفت»، كان القـول قوله مع يمينه، وكذلك كلّ ما كان أمانةً في يده لا في ذمَّته فالقول قوله مع يمينه في ردِّ ذلك إلىٰ صاحبه، إذا لم يكن أَخَذَهُ منه بالبيِّنة. وكذلك القول قوله مع يمينه إذا قال: «إنها قد تلفت».

فأمّـا كلّ مـا كان متعلِّقـًا بذمَّته، كالدَّين، والقرض، وَأَرْشُ الجناية، وأشـباه ذلـك، مثل الصداق والإجارة، فعليه البيِّنة علىٰ دفـع ذلك إلىٰ ربه؛ لأنَّ ذلك كله

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٥)، البيان والتحصيل [١٠/ ٤٧٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٥)، المدونة [٤/ ٤٣٦]، النوادر والزيادات [٩/ ٣٥٦].

متعلِّقٌ في ذمَّته، لا يخرج عنه إلَّا ببيِّنةٍ علىٰ دفعه إلىٰ صاحبه، فمتىٰ ادَّعىٰ ذلك من غير بيِّنةٍ، حلف صاحبه أنّه لم يدفع إليه ذلك، وكان عليه دفع ذلك إلىٰ صاحبه.

❀❀❀

[١٣٦٠] مسألة: قال: وما وُجِدَ في أيدي اللصوص والسُّراقِ من أمتعة الناس، فيدعيها قومٌ ولا بينة لهم، فَيَسْتَأْنِي بذلك ولا يَعْجَل حتىٰ يكشف، فإن جاء أحدٌ، وَإِلّا دفعه إليه وضمَّنه إيّاه بغير حميلٍ، وما لم يوجد أهله من ذلك تَصَدَّقَ به[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه قد يجوز أن يكون ذلك لمن يدَّعيه أنّه له، [١/٤١/أ] فإذا جاء بعلامةٍ أو شُبهٍ دَفَع ذلك إليه، كما يفعل ذلك في اللقطة؛ لأنَّ الذي في يده الشّيء لا يدَّعيه لنفسه في هذا وفي اللقطة.

ويُضَمنه إياه ولا يأخذ منه حميلاً؛ لجواز أن يكون ذلك لغيره إن لم يره مأمونًا.

فأمّا إذا كان الذي في يده الشّيء يدَّعِيه لنفسه، لم يدفع إلىٰ مُدَّعِي ذلك عَلَيهِ إلّا ببيِّنةٍ عادلةٍ تقوم للمُدَّعِي، وَإِلّا حلف المنكِر أنّه ليس للمُدَّعِي، وقد قال رسول الله ﷺ: «**البَيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَىٰ المُنْكِرِ**»[٢].

وإذا لم يُعْرف صاحب اللقطة والشي المسروق ولم يدَّعِها أحدٌ، تَصَدَّقَ بها

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٥)، المدونة [٤/ ٤٦١]، النوادر والزيادات [٤/ ٤٨٦].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٩٧ .

مَنْ هي في يده، ثمّ يكون لصاحب ذلك الخيار إذا جاء علىٰ ما ذكرناه في اللقطة، بين أن يكون الثواب له، وبين أن يغرم الذي تصدَّق بها.

❀❀❀

[١٣٦١] مسألة: قال: ومن ادَّعَىٰ علىٰ رجلٍ أمراً[١] فأنكره، فقال: «إنَّ فلاناً يشهد عليك»، فيقول: «هو عندي مُصَدَّقٌ»، فيَشْهَد عليه، فينكرُ ويقولُ: «ما كنت أظنك تشهد»، فلا يجوز ذلك عليه[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه يقول: «كنت أظن أنّه يشهد بحقٍّ لا بغيره»، فأمّا إذا شهد بغيره فليس يلزمه ذلك، والقول قوله.

وهذا بخلاف ما يُحَكِّمُ رجلاً علىٰ نفسه في حُكُومَةٍ فيَحْكُم عليه، أنَّ ذلك يلزمه[٣]، من قِبَلِ أنَّ الحكم طريقه الاجتهاد، فقد يظنُّ المحكوم أنَّ الحاكم يحكم بالشيء ويحكُمُ الحاكِمُ بغيره، وليس كذلك الشّهادة، لأنَّ طريقها ليس هو اجتهاد الرأي، وإنما هي عن علوم المشاهدات والحواس، والله أعلم.

❀❀❀

[١٣٦٢] مسألة: قال: ومن أمر رجلاً أن يبيع ثوباً، فباعه بخمسةٍ وقال: «أمرتني بذلك»، وقال: «لم آمرك إلّا بعشرةٍ»:

---

(١) قوله: «أمراً»، كذا في شب، وفي المطبوع: «أجراً».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٥)، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٩٣]، هذه المسألة عن ابن عبد الحكم، وينظر: البيان والتحصيل [١٠/ ٦٢].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٩٤]، هذا الشرح عن الأبهري.

⇦ **فإن كان الثوب لم يَفُتْ، فالثوب لصاحبه ويحلف.**

⇦ **وإن فاتَ، حلف المؤْتَمَنُ[(١)].**

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الثوب إذا كان قائماً، لم يلحق البائع والمبتاع في رده ضررٌ، فكان القول قول الآمر مع يمينه.

وإن كان قد فات، كان القول قول المأمور مع يمينه؛ لأنَّ في رده الثوب [١/٤١/ب] بعد فوته والرجوع إلىٰ قيمته ضرراً علىٰ المشتري.

والقياس أن يكون القول قول المأمور إذا باع بثمن مثله؛ لأنَّ الآمر قد ائتمنه علىٰ ذلك، كان الثوب قائماً أو قد فات.

❀❀❀

[١٣٦٣] مسألة: قال: ومن أرْسَلَ مع رجلٍ بذهَبٍ إلىٰ رجلٍ، فقال[(٢)]: «أرسَلْتَ بها إلي صدقةً»، وقال الرجل: «بل لترفعها لي»، ويشهد الرسول أَنَّهَا صدقةٌ، فإن حلف مع الرسول كانت له[(٣)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المبعوث إليه يدَّعِي أنَّ الباعث قد جعلها له وأخرجها عن ملكه، فعليه البيِّنة علىٰ ذلك، فإن شهد له الرسول بذلك حلف مع شهادته وحُكِمَ له بها.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٥)، البيان والتحصيل [٨/ ١٦٢].

(٢) أي: المرسل إليه.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٨٦)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [١٠/ ٤٤٥].

وهـذا إذا كان قَبْلَ دفع الرسـول إليه المال، فإن كان بعد دفع الرسـول إليه المـال، لم تقبل شـهادة الرسـول؛ لأنّه خصمٌ لـرب المال، ولأنه إنّما شـهد علىٰ إجازة فعله الذي قد خالفه فيه ربه وكذّبَهُ فيه.

فأمّـا إذا كان قبـل دفع المال فليس هو بخصمٍ لرب المال، وإنما هو شـاهدٌ عليه؛ لأنّه لم يخالف ربُّ المال بدفع المال إليه علىٰ وجه الصدقة كما يكون ذلك بعد الدفع، وقد فَسَّرْتُ هذه المسألة في غير هذا الكتاب.

❀❀❀

[١٣٦٤] مسـألة: قال: ومن باع من رجلٍ سـلعةً وذَهَبَ يأتي بالثمن، فقال البائـع: «بعتـك علىٰ: إن لم تأتنـي بالثمن إلىٰ الليل، فلا بيع بينـي وبينك»، وأنكر المشتري، فالقول قول المشتري، ولو كانت له بينةٌ، ما جاز - يعني: البيع -؛ لأنّه ليس من بيع المسلمين، فكيف ولا بيِّنة له(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المشتري يدَّعِي صحة البيع الذي قد وقع في الأصل منـه ومن البائع واتفقـا عليه، والبائع مُدَّعٍ فسـاده بما يذكره، فالقـول قول مدَّعي الصحـة علـىٰ الأصل، وعلىٰ الآخر وهـو البائع البيِّنة علىٰ ما يذكـره، وَإِلّا حلف المشتري علىٰ الصحة، إلّا أن تقوم للبائع البيِّنة علىٰ ما قال فيكون البيع مفسوخـًا.

وفي فسخه بهذا الشرط اختلافٌ من قول مالك، قد ذكرته في كتاب البيوع.



[١/٤٢/أ] **[١٣٦٥] مسألة: قال: ومن دفع إلىٰ رجلٍ ذهبـًا برهنٍ، ثمّ قضاه ودفع**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٦)، المدونة [٣/ ٢٨٠].

إليه حقه، ثمّ ادَّعىٰ أنَّه لم يوفه إياه كله وأعطاه رهنه، فيحلف المرتهن ويسقط ما ادُّعي عليه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن مؤتمنٌ علىٰ مقدار الرهن الذي هو في يده، فمتىٰ قال: إنه كيت وكيت، وادَّعىٰ الراهن أكثر منه، كان القول قول المرتهن؛ لأنَّ الراهن قد ائتمنه عليه.

ولأنه منكِرٌ لأكثر ما يدعيه الراهن أو لغيره إن ادَّعىٰ رهنـًا غيره، فعليه البيِّنة علىٰ ما يدَّعيه، وَإِلّا حلف المرتهن وبرئ؛ لأنَّ البيِّنة علىٰ المدَّعي واليمين علىٰ المنكِر، كما قال رسول الله ﷺ.

❀❀❀

[١٣٦٦] مسألة: **قال: ومن كانت بينهم مُشَارَّةٌ**(٢)**، وكان له عنده مالٌ، فزعم أنّه لم يدفعه إليه، وسأل أن يحلف له، وقال: «إنّما تحلفني بالشرّ الذي بيني وبينك»، فعليه اليمين ولا ينفعه ذلك**(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الذي في يده المال مدَّعٍ الدفع للمال إلىٰ ربه، فعليه البيِّنة إن كان في ذمَّته، أو اليمين إن كان في أمانته، إذا ادَّعىٰ دَفْعَ ذلك إلىٰ ربه.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٦)، وقد نقل ابن رشد في البيان والتحصيل [١١/ ١٠٢]، هذه المسألة عن ابن عبد الحكم.

(٢) قوله: «مُشَارَّةٌ»، هي المخاصمة، ينظر: لسان العرب [٤/ ٤٠١].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٨٦).

وليس تسقط اليمين عنه بما يذكره من الشرّ الذي بينهما؛ لأنَّ ذلك حقٌّ عليه.

❁❁❁

[١٣٦٧] مسألة: قال: ومن كان مُخَالطًا لرجلٍ فيدَّعِي عليه حقه، فيقال للمطلوب: «احلف»، فيأبىٰ، فلا يُقْضَىٰ عليه حتىٰ يقال للطالب: «احلف إن كان لك حاجةٌ واستحق حقك»[١].

إنّما قال ذلك؛ لأنّه لا يجوز أن يحكم بنكول المُدَّعَىٰ عليه دون أن يَحْلِفَ المُدَّعِي؛ لأنَّ الحكم يجب أن يكون بشاهدين، أو بشاهدٍ وامرأتين، أو شاهدٍ ويمينٍ، أو نكول المُدَّعَىٰ عليه ويمين المُدَّعِي؛ ليكون قد اجتمع أمران يُحْكَمُ بهما، وهو نكول المُدَّعَىٰ عليه ويمين المُدَّعِي، فيكون ذلك كالشاهدين، أو الشاهد والمرتين، إذ ليس في الأصول جواز الحكم بسببٍ واحدٍ دون أن يقارنه سببٌ غيره، أعني: إذا كان الحكم يوجب للمحكوم له حقًّا يأخذه.

فأمّا [١/٤٢/ب] أن يُسْقِط عنه حكمًا فإنَّ ذلك يكون لسببٍ واحدٍ، وهي يمين المُدَّعَىٰ عليه؛ مِنْ قِبَلِ أنَّ ذمّته في الأصل بريئةٌ، فهو أوكد سببًا من المُدَّعِي، فعليه اليمين والقول قوله في ذلك، وعلىٰ المُدَّعِي البينة؛ لأنّه يدّعي ثبوت شيءٍ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٦)، الموطأ [٤/ ١٠٤٥] المدونة [٤/ ٧ و ١٠]، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٣)، مختصر أبي مصعب، ص (٤٥٦).

في ذمَّة المُدَّعَىٰ عليه، فهو أضعف حُجَّةً من المُدَّعَىٰ عليه، فكان ما جعل عليه من الحجة أقوىٰ، وذلك هو قول غيره وشهادته، وجعل علىٰ المدَّعي قوله مع يمينه.

❀❀❀

[١٣٦٨] مسألة: قال: ومن تكارىٰ داراً سنةً ونقده كِرَاهَا، فيقول له بعد أشهر: «اخرج من الدّار فقد أوفيت»، ويقول الآخر: «لم أسكن إلّا ستة أشهر»، فيحلف الساكن[1]، فإن أبىٰ، حلف صاحب المسكن[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ صاحب المسكن قد أقرَّ للساكن أنَّ له سُكْنَىٰ سنةً وادَّعىٰ نقيضها، والساكن ينكر ذلك، فعلىٰ صاحب المسكن البيّنة علىٰ ما يدَّعِي من تقضِّي ما قد وجب للساكن من المدَّة، وَإِلّا حلف الساكن أَنَّهَا لم تنقض وكانت له.

فإن أبىٰ أن يحلف، حلف صاحب المسكن، وكان القول قوله مع يمينه؛ لأنّه قد اجتمع له نكول الساكن مع يمينه.

❀❀❀

[١٣٦٩] مسألة: قال: ومن كان له علىٰ رجلٍ دينارٌ فقضاه وأشهد عليه، ثمّ تقاضاه فقال: «ما قضيتنيه»، فقال له: «احلف وأعطيك» فحلف، وأراد أن يأتي

---

(١) قوله: «الساكن»، كذا في شب، وفي المطبوع: «الساعي».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٦)، المدونة [٣/ ٤٠٧]، النوادر والزيادات [٧/ ١٣٦]، البيان والتحصيل [٩/ ٣٢].

عليه بالبيِّنة التي أشهد عليه أنَّ ذلك له - بعد رضاه بيمينه -، فذلك له عليه، فليأت بالبيِّنة[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ البيّنة أقوىٰ من يمين المُدَّعَىٰ عليه، فوجب أن يُحْكَم بها إذا شَهِدَت بخلاف ما حلف عليه المُدَّعَىٰ عليه؛ لأنَّ الحكم بالبيِّنة إذا وجدت أولىٰ من الحكم بالنكول مع يمين المُدَّعَىٰ عليه.

ولأنَّ المُدَّعِي يقول: «لم أعلم أنّه يحلف، ولا أنّه يجترئ علىٰ اليمين، وظننته يتورع عن ذلك».

فهذا وجه هذا القول، وسواءٌ علم المُدَّعِي ببيِّنته أو لم يعلم، في أنّه يُحْكَمُ بها بعد يمين المدَّعىٰ عليه.

وقد قال مالك: «إنَّ المُدَّعِي إذا علم ببيِّنته [١/٤٣/أ] ثمّ استحلف المُدَّعَىٰ عليه، وكانت بيِّنته حاضرةً، لم تسمع بيِّنته بعد ذلك»[(٢)].

ووجه هذا القول: أنَّ المُدَّعِي إذا استحلف المُدَّعَىٰ عليه بعد علمه ببيِّنته وهو يقدر علىٰ إقامتها وهي حاضرةٌ معه في البلد، فقد ترك حقه من البيّنة ورضي بيمين المُدَّعَىٰ عليه، فلزمه ذلك، ولم يكن له الرجوع إلىٰ بيِّنته بعد تركه لها وإن كان ذلك حقًّا لَهُ، كما لو ترك من حقه شيئًا ورضي بأقل منه علىٰ وجه الصلح،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٦)، النوادر والزيادات [٨/ ١٧٠]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٦٩]، الجامع لابن يونس [١٧/ ٤٧٤].

(٢) ينظر: المدونة [٤/ ٧]، ديوان الأحكام الكبرىٰ، ص (٤٣١).

لـم يكـن له أن يرجع إلىٰ أصل حقـه بعد تركه إياه، وكذلك إذا تـرك بيِّنته ورضي بيمينه، لم يكن له أن يرجع إليها بعد رضاه بتركها.

فأمّا إذا لـم يعلـم ببينته ولم يقـدر علىٰ إقامتهـا؛ لغيبتها أو عـذرٍ منعها من الحضـور، كان لـه أن يقيمها بعد ذلـك؛ لأنَّ تركه إقامته إياها لـم يكن علىٰ وجه الاختيـار والرضـا منه بذلك، وإنمـا كان علىٰ وجه العذر، فـكان له أن يرجع إلىٰ حقه من البيِّنة، كما لو ترك من حقه شيئًا علىٰ غير رضًا منه وطيب نفسٍ، كان له أن يرجع إلىٰ حقه فيأخذه، والله أعلم.

❀❀❀

[١٣٧٠] مسـألة: قـال: ومن ادَّعَـىٰ علىٰ رجلٍ دعوىٰ، فأنكـره وحلف، ثمّ وَجَدَ بينةً علىٰ إقراره بالحق، فإنّه يُقْضَىٰ له به[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا بيّناه في المسألة التي قبل هذه.

❀❀❀

[١٣٧١] مسـألة: قال: وإذا كان شـريكان متفاوضين أو غيـر ذلك، فيقول أحدهمـا لشـريكه: «قـد جَعَلْـتُ في المـال الذي نعمل فيـه مالاً مـن عندي عند

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٧)، المدونة [٤/ ٧ و ٣٦]، مختصر أبي مصعب، ص (٤٥٨)، النوادر والزيادات [٨/ ١٦٩]، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٧٠]، هذا الشرح عن الأبهري.

المحاسـبة أو قبل ذلك»، فينكر شـريكه، فيحلف شريكه بالله: «ما جعل فيه شيئًا ولا له فيه شيءٌ»، وليس له أن يحلف علىٰ علمه(١).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ الشـريك الـذي يذكر أنّه جعل من عنـده مالاً زيادةً علىٰ ما علم به شريكه مُدَّعٍ لذلك، فعليه البيّنة علىٰ ذلك، وَإِلّا حلف شريكه بالله: «ما الأمر علىٰ ما يدعيه»، ولا يكون عليه شـيءٌ؛ لأنَّ البيّنة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المنكِر.

فأمّا حلفه علىٰ العلم فلا يجوز؛ لأنّه يمكن أن يعلم هل طرح أم لا.

❀❀❀

[١٣٧٢] مسألة: [١/٤٣/ب] قال: ومن اشترىٰ سلعةً أو تكارىٰ دابَّةً ونَقَدَ، ويُقِرُّ أنّه إنّما اشـترىٰ لامرأته، ثمّ حازت المـرأة المنزل أو الدابة، ثمّ يطلب منها الثمن، فتقول: «قد دفعته»، ولا بينة لها.

⇦ فـإن كان نَقَـدَ الثمن: فيميـن المرأة بالله «لقد دفعـت ثمنه وما له عندي قليلٌ ولا كثيرٌ».

⇦ وإن كان لم ينقد: حلف الزوج بالله «ما اقتضيت منها من ثمنه شيئًا، ثمّ يأخذه»(٢).

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٨٧)، النـوادر والزيـادات [٧/ ٣٢٩]، الجامع لابن يونس [١٦/ ٣٣٨].

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٨٧)، النـوادر والزيـادات [٩/ ١٠٤]، منتخـب الأحـكام [١/ ١٦٧]، البيان والتحصيل [٨/ ١٠٦].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا كان قد نَقَدَ الثمن فقد قَوِيَ سبب المرأة مع إقرار الزوج أنّه اشترىٰ لها أو اكترىٰ لها، فصُدِّقَت عليه في أَنَّهَا قد أعطته الثمن أو الكراء.

وإن لم ينقد لم يقبل قولها؛ لأنّها لم تقو ببيِّنتها بدفع الزوج ذلك إلىٰ من هو له، فكان القول قوله مع يمينه؛ لأنَّ اليمين في الأصل جُعِلت علىٰ أقوىٰ المتداعيين سببًا، وجُعلت البيّنة علىٰ أضعفهما سببًا في الدعوىٰ، والله أعلم.

❀❀❀

[١٣٧٣] مسألة: قال: ومن كتب علىٰ رجلٍ ذِكْرَ حَقٍّ[١]، وشَرَطَ: «أنّه إن جاء بِذِكْرِ الحَقِّ فهو براءته»، فجاء به، فادَّعىٰ أنّه سرقه، فإنّه يحلف ويبرأ، وذلك مما يجوز بين النّاس إذا جاء بذكر الحق[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الأغلب من النّاس والجاري في عُرْفِهم أنهم يدفعون ذِكْرَ الحقِّ والوثيقة به إلىٰ من عليه الحق عند دفعه ذلك إلىٰ صاحبه، فإذا جاء به الذي عليه الحق برئ منه مع يمينه؛ للشرط الذي شرطه صاحب الحق وألزم نفسه، وهو مجيء الذي عليه الحق به، فكان القول قوله مع يمينه أنّه قد برئ من الحق بإلزام ربّ الحق نفسه ذلك، مع ما ذكرناه من عرف الناس.

ولم يقبل قول ربّ الحق إن ادَّعىٰ: أنَّ الذي عليه الحق سرق منه ذكر الحق

---

(١) تقدَّم تعريف ذكر الحق، وهو أنّه الصك، وينظر: لسان العرب [٤/ ٣١٠].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٧)، النوادر والزيادات [٩/ ٣٨٠]، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٥٣].

أو ضاع منه؛ لأنَّ هذا ليس هو الأغلب من الناس؛ ولأنه قد ألزم نفسه براءة الذي عليه الحق من الحق متىٰ جاء بذكر الحق مع جواز السرقة والضياع فيه، فهو ألزم نفسه ذلك، فلزمه ذلك.

❀❀❀

[١/٤٤/أ] [١٣٧٤] مسألة: قال: وإذا تحاسب الشريكان، وكتب أحدهما لصاحبه البراءة من آخر حقٍّ له قِبَله، ثمّ جاء يدَّعي حقّاً لم يقع في أصل البراءة اسمه، فادَّعىٰ الشريك أنّه قد دخل هو وغيره في البراءة، فيحلف بالله: «لقد دخل في حسابنا»، ثمّ يبرأ منه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ البراءة قد وقعت جملةً للمبرأ وثبتت له، فدخل فيها كلّ حقٍّ للمبرِّي علىٰ المُبَرَّأ؛ لأنَّ البراءة قد عمَّت ذلك كله، إلّا أن يدَّعي حقّاً بتاريخٍ متأخِّرٍ عن تاريخ البراءة فيكون ذلك له؛ لأنّه قد عُلِمَ أنَّ ذلك لم يدخل في البراءة، فأمّا ما كان قبل البراءة فقد دخل بالظاهر في البراءة، فالقول قول المبرأ مع يمينه؛ لقوة سببه.

❀❀❀

[١٣٧٥] مسألة: قال: ومن كان له علىٰ رجلٍ حقٌّ بِرَهْنٍ، وحقٌّ بغير رهنٍ، فاقتضىٰ بعض حقه، فقال الراهن: «قضيتك الحق الذي في الرهن»، وقال

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٧)، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٥٤].

المرتهن: «بل قضيتني مِنَ الذي ليس برهنٍ»، فيُقْسَمُ ذلك الذي قُضِيَ بين الحقين جميعًا(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنهما قد استويا في الدَّعوىٰ، فاحتُمِلَ ما قال كلّ واحدٍ منهما، وليس لأحدهما علىٰ الآخر سببٌ يُقَوِّي قوله، فكان ذلك كالمدَّعِيينِ شيئًا في أيديهما، أنَّ ذلك بينهما.

وكذلك إن أقاما بيِّنَةً وكان الشّيء في أيديهما، أو لم يكن في أيديهما، فهو بينهما بعد أيمانهما؛ لاستوائهما في الحُجَّة، فكذلك يجب أن يكون ما قضاه من المال، بين الحق الذي بالرهن والحق الذي بغير رهنٍ؛ لأنّه ليس هاهنا شيءٌ يسند قول أحدهما(٢).

❀❀❀

[١٣٧٦] مسألة: قال: ومن قضىٰ رجلاً حقًّا عليه، فمات فطلب ورثته الحق، ولم يكن له بيِّنةٌ علىٰ الدفع، فيحلف الورثة: «ما علمناه اقتضىٰ».

ويأخذ الصغير حقه بغير يمينٍ، ولا يمين عليه إذا كبر؛ لأنّه ممن يُعْلَمُ أنّه لم يُحِط بذلك علمًا(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حق الميت ثابتٌ علىٰ الذي هو عليه، فلورثته أَخْذُ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٣٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٠٤].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٠٥]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٨٨)، المدونة [٤/ ٦]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٦٧].

ذلك ممن هو عليه؛ لأنهم قد ورثوه عنه، فإن ادَّعىٰ أنّه دفع ذلك [١/ ٤٤/ب] إلىٰ صاحب الحق كانت عليه البيِّنة، لأنّه يدَّعي خروجه منه، وَإِلّا حلف ورثته بالله ما يعلمون أنّه خرج منه، ثمّ يكون لهم.

ولا يحلف الصغير إذا بلغ؛ لأنّه ممن يُعْلم أنّه لم يكن عَلِمَ قضاء ذلك.

وقد يجوز أن يقال: إنه يحلف؛ لأنّه يعلم ذلك بالخبر، وهذا أقيس(١).

❁❁❁

[١٣٧٧] مسألة: قال: وإذا وُهِبَتْ مملوكةٌ متاعًا، ذكرت أنَّ رجلاً أمرها برهنه، وأنكر ذلك السيد، وقال: «المتاع متاعي»:

⇦ فإن أقام الذي ذكرت الجارية أنَّ المتاع له، فعليه البيِّنة.

⇦ وَإِلّا كان للسيد مع يمينه(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ما في يد العبد:

إما أن يكون هو من مال سيده، فلا يقبل قول العبد والأمة: إنَّ ذلك لغير السيد.

أو يكون ذلك للعبد والأمة، فللسيد فيه حقٌّ.

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٦٨]، هذا الشرح عن الأبهري، وفيه الزيادة التالية: «كما يحلف مع الشّاهد في إثبات حقٍّ لأبيه، وكما يردّ بالعيب إذا وقف عليه، ولا فرق بين النّفي والإثبات في أنّه يعلم ذلك بالخبر».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٨)، المدونة [٤/ ٤٤٦ و ٥٤٧].

ألا ترىٰ: أنَّ له انتزاع ذلك من أيديهما، وأنه ليس لهما التّصرُّف فيه بعتقٍ وهبةٍ وصدقةٍ إلّا بإذن السيد.

فلا يقبل قولهما: «إنَّ ذلك لأجنبيٍ»؛ لأنَّ ذلك إقرارٌ منهما علىٰ سيدهما، إلّا أن تقوم لمدَّعي ذلك بيِّنةٌ، وَإِلّا حلف السيد أنَّ ذلك ليس له؛ لأنَّ البيّنة علىٰ المدَّعي واليمين علىٰ المنكِر.

❀❀❀

[١٣٧٨] مسألة: قال: ومن أسلف رجلاً سلفًا برهنٍ ووضعه علىٰ يدي رجلٍ، وحمل له ما نقص من رهنه[١]، وأسلف سلفًا آخر برهنٍ ووضعه علىٰ يدي الأول[٢]، فحل أجلهم، فقضاه بعض حقِّه[٣] وزعم أنّه قد أعلمه عند القضاء أنَّ الذي قضاه من الحق الذي بالرهن المتحمل به، فأنكر ذلك الرّجل وقال: «بل من الآخر»، فيُقتسَم الذي اقْتُضِيَ بينهما بالحصص[٤].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه يحتمل أن يكون القول كما قاله الذي عليه الحق، ويحتمل أن يكون كما قاله الذي له الحق، وليس هاهنا شيءٌ يُقَوِّي قول أحدهما،

---

(١) يعني: أنَّ الذي وضع المال علىٰ يديه، ضمن للرجل ما نقص من الرهن، كما في النوادر والزيادات [١٠/ ٢٣٩].

(٢) في النوادر والزيادات [١٠/ ٢٣٩]، من غير رواية ابن عبد الحكم: «بلا حمالة».

(٣) أي: أن الحميل قضىٰ المرتهن بعض حقه.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٨٨)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٠٤]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٣٨ و ٢٣٩]، البيان والتحصيل [١١/ ٢٦].

فوجب أن يكون ما قضاه من الحق الذي برهنٍ والحق الذي ليس برهنٍ[(١)] علىٰ ما ذكرناه فيما تقدَّم.

❀❀❀

[١٣٧٩] مسألة: قال: ومن ابتاع حائطًا فاسْتُحِقَّ نصفه، فهو [١/ ٤٦/أ][(٢)] **بالخيار، إن أحب أن يرده ويأخذ ماله، وإن أحب، أخذ نصف الثمن وحبس نصف الحائط**[(٣)].

✍ إنّما قال: «إنَّ المبتاع بالخيار فيما ذكره»؛ لأنّه متعدَّىٰ عليه مَغْرورٌ[(٤)]، وقد جُعِل المُتَعَدَّىٰ عليه مُخَيراً، إن شاء أخذ حقه، وإن شاء ترك.

من ذلك المجني عليه، جُعِلَ له أن يعفو، أو يقتص، أو يأخذ أرش الجناية إذا بُذِلَ له ذلك.

وكذلك المبتاع، له أن يرُدَّ ما اشتراه إذا اسْتُحِقَّ من يده شيءٌ كبيرٌ؛ لأنّه خرج علىٰ خلاف غرضه؛ لأنَّ غرضه كان فيه كله، أو في أكثره، وذلك كما لو وجد فيه عيبًا، كان له رده أو إمساكه؛ لأنَّ الحُجَّة له في ذلك لا للبائع، فكذلك

---

(١) ليس في كلام ابن عبد الحكم أن أحد الحقين بدون رهن، وإنما المراد بدون حمالة، والله أعلم.

(٢) هذه الصفحة مكررة في [١/ ٤٥/ أ].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٨٨)، النوادر والزيادات [٦/ ٣١٠].

(٤) قوله: «مَغْرورٌ»، المَغْرور هو المخدوعُ، ينظر: التعريفات الفقهية للبركتي، ص (٢١٢).

إذا استُحِقَّ من يده شيءٌ كبيرٌ، كان له ردُّ ما بقي وأخذ الثمن، أو الإمساك وأخذ ثمن ما استُحِقَّ من يده.

وإن كان الذي استُحِقَّ من يده شيئاً يسيراً، لم يكن له رد ما لم يُسْتَحَق؛ لأنَّ غرضه في المبيع قائمٌ، وله أن يرجع بمقدار ما استُحِقَّ من يده من الثمن.

وكذلك الحكم إذا وجد عيباً، مثله سواءٌ، وقد ذكرناه في البيوع.

❀❀❀

[١٣٨٠] مسألة: قال: ومن انتَهَبَ صُرَّةً من رجلٍ فاستهلكها، ثمّ اختلفا في العدة، فاليمين علىٰ المنتهب(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المنتهب مُدَّعَىٰ عليه لِمَا يذكر صاحب المال من الزيادة، وهو منكِرٌ لها، فعلىٰ صاحب المال البيِّنة علىٰ ما يدَّعيه، وعلىٰ المنتهب اليمين؛ لأنّه منكِرٌ، والبينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المنكِر.

❀❀❀

[١٣٨١] مسألة: قال: ومن كان من المدينة علىٰ ليالٍ، فلا يُجْلَب إلىٰ المدينة ليحلف علىٰ المنبر، وليحلف هو بمكانه(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ في حمله إلىٰ المدينة من البعد ضرراً عليه، ولو جاز

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٨)، النوادر والزيادات [٦/ ١٦٧ و ١٠/ ٣٥٧]، الجامع لابن يونس [١٨/ ٢٩٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٨)، المدونة [٤/ ٦]، النوادر والزيادات [١٤/ ١٨٥]، التفريع مع شرح التلمساني [١٠/ ١٣].

ذلـك، لجـاز أن يُحمل من البلاد البعيدة، وإنما يُحمل إلـىٰ المدينة مَنْ قَرُبَ منها مـن أعمالها وأعراضهـا؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**مَـنْ حَلَفَ عَلَىٰ مِنْبَـرِي هَذَا بِيَمِينٍ كَاذِبَةٍ، فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ، قِيلَ: يَا رَسُـولَ الله: وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا؟ قَالَ: وَإِنْ كَانَ سِوَاكًا مِنْ أَرَاكٍ**»(١).

فيُجْلَبُ مَنْ قَرُبَ من المدينة إلىٰ المنبر ومن كان بالمدينة؛ ليرتدع ويتهيَّب أن يحلف غير [١/٤٦/ب](٢) صادقٍ إذا علم ما تواعده به رسول الله ﷺ(٣).

❀❀❀

[١٣٨٢] مسألة: قال: ومن تزوج امرأةً، فدُخُوله براءةٌ من الصداق العاجل، ومن الآجل الذي قد حلَّ قبل دخوله.

وما حلَّ عليه بعد دخوله عليها، فالبراءة عليه، وَإِلّا غرم(٤).

✍ إنّمـا قال: «إنَّ الدخول بَرَاءَةٌ من الصـداق»، يعني: بالمدينة؛ لأنَّ عُرْفَ النّـاس قـد جرىٰ عندهـم بتقدمة الصداق قبـل الدخول بالمرأة، هـذا هو الغالب عندهـم والمعروف منهم، فوجـب حملهم علىٰ عرفهم وعادتهـم الجارية بينهم إذا اختلفـوا، كما وجب حمـل المتبايعين في النقد إذا اختلفوا علىٰ عرف بلدهم، وكذلك في الحمولة والزاد والسير، وغير ذلك مـن الأمور إذا وقع الخلاف بين المتداعييـن، أنّه يُرجع إلىٰ عرف بلدهم الذي همـا فيه، فيكون القول قول مدَّعي

---

(١) أخرجه مالك [٤/ ١٠٥٢]، وأبو داود [٤/ ٧٤]، وهو في التحفة [٢/ ٢١٣].

(٢) هذه الصفحة مكررة في [١/ ٤٥/ ب].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [١٠/ ١٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٨٨)، وقد تقدَّمت هذه المسألة برقم ٧٨٥ .

العرف فيه دون من خرج عن العرف؛ لأنَّ قوله نادرٌ والنادر لا يحكم به؛ لأنّه ليس هو الأصل المعروف.

والسنَّة عند أهل المدينة تَقْدُمة الصداق قبل الدخول، وكذلك فعل علي بن أبي طالب رضي الله عنه ذلك، قَدَّمَ صداق فاطمة عليها السلام قبل دخوله بها، وبذلك أمره النبيُّ ﷺ حين قال له: «**أَيْنَ دِرْعُكَ الحُطَمِيَّةُ**»[1]، الحديث.

فأمّا إذا كان ببلدٍ لم يجر عرفهم بتقدمة الصداق قبل الدخول، فادَّعىٰ ذلك الزوج، لم يقبل منه، وكانت عليه البيّنة علىٰ ما يدعيه، وَإِلّا حلفت المرأة أنّه لم يعطها الصداق، ثمّ يكون لها ذلك؛ لأنَّ قولها أقوىٰ وقوله أضعف؛ لأنّه يخرج عن العرف الجاري في بلده.

وكذلك إذا كان بلداً يُقَدَّمُ فيه بعض الصداق ويُؤَخر بعضه، أو يُقَدِّمُ بعض النّاس ويُؤَخِّرُ بعضهم، رُجِع في ذلك إلىٰ الأغلب من حال البلد وعُرْفِ النّاس فيه، فيُحْمَل المتداعيان عليه.

فعلىٰ هذا قول مالكٍ: «إنَّ الدخول براءةٌ من الصداق إذا كان قد حلَّ قبل الدخول».

فأمّا إذا حلَّ بعد الدخول فعليه البيِّنة علىٰ الدفع؛ لأنّه معلومٌ أنَّ ذلك كان عليه [١/ ٤٧/ أ] بعد الدخول، فلا يخرج منه إلّا ببيِّنةٍ علىٰ الدفع، أو إقرار المرأة بذلك.

فكذلك إذا كان لها عليه كتابٌ بالصداق، فقال: «قد دفعته قبل الدخول»، لم

---

(١) أخرجه أبو داود [٣/ ٣٩]، والنسائي في الكبرىٰ [٥/ ٢٤٢]، وهو في التحفة [٥/ ١١٤].

يقبل منه ذلك؛ لأنَّ مع المرأة حُجَّةً هي أقوىٰ من دخوله بها؛ ولأنَّ تركه الكتاب معها بعد دفع الصداق علىٰ ما يذكر دلالةٌ علىٰ بطلان قوله، فعلىٰ هذا أصل قول مالكٍ في الصداق، وأنَّ الزوج يبرأ بالدخول.

وقال إسماعيل بن إسحاق: «لم يذهب علىٰ مالكٍ ولا علىٰ من دونه، أنَّ الزوج مُقِرٌّ بالصداق مُدَّعٍ للدفع، فعليه البيِّنة؛ لأنَّ هذا لا يذهب علىٰ أهل العلم ومن منزلته فيه قليلةٌ، فضلاً عن مالكٍ وأصحابه، ولكنهم نزَّلُوا الأمور منازلها، وردوا الأمور إلىٰ أصولها، كما يفعل ذلك غيره من العلماء في أشياء إذا وقع التداعي فيها، أنهم يَرْجِعُون إلىٰ أقوىٰ المتداعيين سبباً، فيكون القول قوله مع يمينه، من ذلك ما ذكرناه من غيره يكثر ذكرها.

وما قال مالك في الصداق، فهو قول الفقهاء السبعة، وقول غيرهم من التابعين.

❁❁❁

[١٣٨٣] مسألة: قال: ولا يحلف الرّجل للرجل، إلّا أن تكون بينهما مخالطةٌ فيحلف.

فإن نكل ورَدَّ اليمين، حلف الطالب[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ اليمين يثقل أمرها علىٰ أكثر الناس، وخاصةً أهل الدِّين منهم، وكذلك التقدمة إلىٰ الحكام، فلو مُكِّنَ النّاس من ذلك، لادَّعَىٰ كلّ إنسانٍ علىٰ

---

(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: الموطأ [٤/ ١٠٥١]، المدونة [٤/ ٢٧٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٥٨].

من يريد ممن بينه وبينه شيءٌ، فجَرَّهُ إلىٰ الحاكم واستحلفه وابتذله وامتهنه، وفي ذلك ضررٌ علىٰ الناس، فوجب أن يستعلم الحاكم، هل بينهما مخالطة، أو يليق بالمدَّعىٰ عليه ما ادَّعاه المدَّعي، فإن لم تكن بينهما مخالطةٌ ولم يلق بالمدِّعي ما ادَّعاه، لم تُسمع الدعوىٰ؛ لأنَّ المُدَّعِي في الأغلب غير مُحقٍّ في دعواه.

وقد رُوِّينَا عن حسين بن عبد الله بن ضمرة(١)، عن أبيه(٢)، عن جده(٣)، عن علي عليه السلام قال: «**اليمين مع الشّاهد**»(٤).

فإن لم تكن بيِّنةٌ، فاليمين علىٰ المُدَّعَىٰ عليه إذا كان قد خالطه، فإن [١/٤٨/ب] نكل حلف المدَّعِي.

وهو قول عمر بن عبد العزيز، رواه مالك، عن جميل بن عبد الرحمن(٥)، عن عمر بن عبد العزيز(٦).

---

(١) الحسين بن عبد الله بن ضميرة الحميري، مولىٰ آل ذي يزن، كذبه مالك وأحمد وأبو حاتم وغيرهم وضعفوه، وقال ابن حبان: روىٰ عن أبيه عن جده نسخة موضوعة. تعجيل المنفعة [١/ ٤٥٠].

(٢) عبد الله بن عمرو بن ضمرة، روىٰ عن عبد الله بن أبي سليط، وعنه ابن إسحاق، مجهول. تعجيل المنفعة [١/ ٧٦٥].

(٣) ضميرة بن أبي ضميرة الضمري الليثي، من أهل المدينة، له صحبة. الثقات لابن حبان [٣/ ١٩٩].

(٤) أخرجه الدارقطني [٥/ ٣٨١]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [٢٠/ ٥٥١].

(٥) جميل بن عبد الرحمن المؤذن المدني، سمع سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز، روىٰ عنه مالك. تعجيل المنفعة [١/ ٣٩٦].

(٦) أخرجه مالك [٤/ ١٠٥٠].

وهـو قول السـبعة الفقهـاء[١]، أنهم لا يسـتحلفون الا من كانـت بينه وبين المدَّعـي خلطـةٌ، فإذا كانـت خلطةٌ اسـتُحْلِفَ، فإن حلف بـرئ، وإن لم يحلف، حلف المدَّعي واستحق ما ادَّعىٰ؛ لأنَّ المدَّعي قد اجتمع له أمران، نكول المُدَّعَىٰ عليـه ويمينه، فوجب أن يُحكَم بذلـك، ولم يجز أن يُحْكَم بنكـول المدَّعَىٰ عليه وحده، إذ ليس في الأصول ثبوت حقٍّ بسـببٍ واحدٍ علىٰ الانفراد، علىٰ ما ذكرناه فيما تقدَّم[٢].

❀❀❀

[١٣٨٤] مسـألة: قـال: ومن كان له علىٰ رجلٍ ذِكْرُ حـقٍّ وهو آخر ما عليه، ثـمّ مات الرّجل فوُجِدَ في كتبه: «قبضْتُ من فلانٍ كذا وكذا ديناراً»، فقال الغريم: «قد قضيته بعد هذا الذكر الحق»، فعلىٰ الورثة اليمين: «ما علمناه اقتضىٰ بعد هذا الكتاب»، ويُحَقُّوا حقوقهم.

ولا يلزم الغريم شيءٌ مما في كتب الميت قد ذكره عليه[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الحق قد ثبت علىٰ الغريم، فلا يقبل قوله فيما يدعيه من القضاء.

وعلىٰ الورثة أن يحلفوا ما يعلمون صاحبهم اقتضىٰ شيئاً؛ لأنَّ صاحبهم لو كان حيـاً كان ذلك عليه.

---

(١) ينظر: المنتقىٰ للباجي [٥/ ٢٢٤].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٥٨]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: البيان والتحصيل [١٠/ ٣٦٠].

وقوله: «لا يلزم الغريم شيءٌ مما في كتب الميت قد ذكره عليه»؛ فلأنَّ النّاس لا يلزمهم الحق بقول غيرهم عليهم أو كتابة غيرهم عليهم، حتىٰ تقوم عليهم بينةٌ علىٰ أخذهم الشّيء أو إقرارهم به.

وكذلك لا يجوز الحكم علىٰ خط الانسان إذا أتىٰ به المدعي وإن قامت له البيّنة علىٰ ذلك؛ لأنَّ الخط يُعْمَلُ علىٰ الخط ويُشَبَّهُ به.

وهذا آخر قول مالك الذي استقر عليه، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الشهادات.

❀❀❀

[١٣٨٥] مسألة: قال: ومن أتاه غَسَّالٌ بثوبٍ، فأنكر أن يكون ثوبه، فالغسال يحلف ويبرأ، فإن نكل حلف ربُّ الثوب: «ما هذا ثوبي وأنَّ قيمته لكذا وكذا»، ثمّ يحقُّ ذلك له(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الغسال مُؤتمنٌ علىٰ عين الثوب الذي دُفِعَ إليه، وكذلك كلّ صانعٍ، أعني: إذا وقع الخلاف [١/٤٩/أ] بينه وبين ربّ الشيء، في عين الشّيء المدفوع إليه لا في تلفه، فإنَّ القول قول الصانع في ذلك؛ لأنّ ربه قد ائتمنه علىٰ عينه مع يمينه.

فإن نكل حلف ربّ الشّيء واستحق ما يدّعيه؛ لأنَّ الغسال بامتناعه من اليمين قد اتهم نفسه، وضَعَّفَ أمانته، وقَوَّىٰ سبب ربّ الشيء، فوجب أن يحكم له بيمينه مع نكول الصانع، ثمّ يستحق ما يدّعيه.



(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: النوادر والزيادات [٧/ ٨٢].

[١٣٨٦] مسألة: قال: ومن قامت عليه بينةٌ أنّه أخذ لرجلٍ ثوبـًا، وأنكر ذلك، فليُجعل من وسط الثياب، ويحلف المدَّعىٰ عليه(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المشـهود عليه قد لزمه ثوبٌ ما بقيام الشّـهادة عليه، كما لو أقر بثوبٍ ما.

ثم يُرْجَع في ذلك إلىٰ الوسط من الثياب بأهل البلد الذي هم فيه.

ويكـون القول قول المُدَّعَىٰ عليه مع يمينـه؛ لأنَّ ما زاد علىٰ ذلك لـم تَقُم به بينةٌ ولا ثبت بإقرارٌ، فالذي يذكر أكثر منه مدَّعٍ، فعليه البينة.

❀❀❀

[١٣٨٧] مسـألة: قال: وإذا جحد الرّجل أنَّ عليه حقـًا، فأقيمت عليه البينة، فقال: «عندي البيّنة أني قضيته»، قال: «لا يجوز ذلك»(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ أمر هذا يُحْمَل علىٰ العنت ورفع ما قد ثبت عليه من الحق ووجب عليه ببينةٍ؛ لأنّه غير ثقةٍ فيما يدّعي من القضاء، كما كان غير ثقةٍ في جحوده الحق.

❀❀❀

[١٣٨٨] مسـألة: قال: ومن أسـلف رجلاً ذهبـًا، وأمره بقبضها من صرّافٍ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٨)، النوادر والزيادات [٨/ ٣٦٣].

(٢) المختصر الكبيـر، ص (٢٨٩)، النـوادر والزيـادات [٩/ ٩٨]، البيـان والتحصيـل [٨/ ١١٤].

فقبضها، فلمّا تقاضاه ذلك، قال: «قد دفعتها إلىٰ الصراف وحسبته وكيلك»، فإنَّ ذلك عليه يلزمه.

ولا يحلف الصراف له إن جحده إذا لم يكن مُتَّهمًا، فإن اتُّهِم حلف[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الذي عليه الذهب قد أخطأ في قضائه ما عليه من القرض للصراف إذا لم يُوَكِّلْهُ الذي له الحق بذلك، فكان عليه دفع ذلك إلىٰ صاحبه.

۞۞۞

[١٣٨٩] مسألة: قال: ومن كانت له علىٰ رجلٍ دنانير، فزعم أنّه قد قضاه، فإنّه يحلف: ما اقتضىٰ حقه ويأخذ، فإن نكل، حلف المطلوب[(٢)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الحق قد وجب علىٰ الذي عليه بإقراره أو ببيِّنَةٍ، [١/٤٩/ب] وادَّعىٰ أنّه قد قضىٰ ذلك وخرج منه، فلا يقبل قوله إلّا ببينةٍ علىٰ ما يذكره، وَإِلّا حلف صاحب الحق ما اقتضىٰ شيئًا وأخذ حقه، فإن نكل حلف المطلوب، وسقط عنه الحق بنكول الذي يدَّعي الحق مع يمين الذي ادُّعي عليه.

۞۞۞

[١٣٩٠] مسألة: قال: ومن وهب هبةً، ثمّ طلب ثوابها، فقال: «قد أثبتك»، فعليه البينة، وَإِلّا حلف الواهب وإن لم يكن يشهد علىٰ الهبة.

---

(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: النوادر والزيادات [٧/ ٢٣١ و٨/ ١٤٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٩)، المختصر الصغير، ص (٦٥٣)، النوادر والزيادات [٨/ ١٥٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٦٧].

وهي مثـل البيع، يقول: «بعتك هـذا الثوب»، فيقول: «نعـم وقد أوفيتك»، فعليه البيّنة وإن لم يكن علىٰ أصله البينة[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الموهوب له مقرٌّ بالهبة، مُدَّعٍ أنّه قد أثاب منها، فعليه البيّنة علىٰ ما يدّعي من ذلك، وَإِلّا حلف الواهب ما أثابه وكان له الثواب من هبته، وذلك قيمتها.

وذلـك مثل البيع والشـراء وسـائر الحقوق إذا ذكر الذي عليـه الحق أنّه قد خـرج منها، وأنكـر ذلك الذي له الحق، فعليه البيّنـة وَإِلّا حلف صاحب الحق ما اقتضىٰ ما ذكره ويستحق حقه.

❀❀❀

[١٣٩١] مسألة: قال: ومن وهب لرجلٍ شاتين، ثمّ أقام أربعة أشهرٍ، ثمّ جاء يطلب الثواب، فيحلف ما أثابه، ويكون مثل البيع[٢].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لِمَـا ذكرناه: أنَّ الموهوب له مـدعٍ أنّه قد أثاب صاحب الهبـة وهـو الواهب، وينكـر ذلك الواهـب، فعلىٰ المدَّعـي البيّنة وعلـىٰ المنكِرِ اليمين.

❀❀❀

[١٣٩٢] مسـألة: قـال: ومن كانت له علىٰ رجلٍ مئـة دينارٍ، فاقتضاها حتىٰ بقيت له عشـرون ديناراً، فكتب بها عليه كتابـًا وأُرِّخَتِ البينة، ثمّ تقاضاه العشرين

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٩)، البيان والتحصيل [١٣/ ٤١٢].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٨٩)، البيان والتحصيل [١٣/ ٤١٢].

فأخرج عليه براءةً بعشرة دنانير ليست بمؤرخةٍ ولا منسوبةٍ إلىٰ شيءٍ، فقال: «هي من العشرين»، وقال: «بل هي من المئة»، فإن كانت بينةٌ تشهد أنَّهَا كانت له عليه مئة، أحلف بالله «ما هذه البراءة من العشرين» وأُخِذت[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الذي عليه الحق يدَّعي أنّه قد برئ أيضاً من عشرة باقيةٍ عليه بعد البراءة؛ [١/٥٠/أ] لأنَّ الباقية عشرون بعد البراءة، فالقول قول صاحب الحق؛ لأنَّ حقه قد ثبت ببينةٍ، والذي عليه الحق مدَّعٍ لدفع ذلك إليه وخروجه منه، فلا يقبل ذلك منه بغير بينةٍ، وَإِلّا حلف صاحب الحق ما اقتضىٰ منه ما يقول.

❀❀❀

[١٣٩٣] مسألة: قال: ومن اشترىٰ زبيباً بدينارٍ، فبعث[2] معه رسولًا يدفعه إليه، فجحد الرسولَ[3]، فإنَّ الرسول يحلف ويبرأ، إلاّ أن يكون صغيراً لا يحلف مثله، فيحلف البائع ما وصل إلي ولا علمته أعطاه، ثمّ يأخذه.

فإن أقرَّ الرسول وكان من الرسل الذين لا يجوز إقرارهم، فعلىٰ المعطي البينة، وَإِلّا غرم الدينار[4].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٨٩)، النوادر والزيادات [٩/ ٩٠]، البيان والتحصيل [١٥/ ٢٩٣].

(٢) يعني: أن البائع أرسل رسولًا ليدفع المشتري الثمن إليه، كما في النوادر والزيادات [٧/ ٢٣٣].

(٣) في النوادر والزيادات [٧/ ٢٣٣]: «فأنكر البائع أن يكون الرسولُ أوصل إليه شيئًا».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٨٩)، النوادر والزيادات [٧/ ٢٣٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه كان يجب علىٰ المشتري أن لا يعطي الرسول الدينار بغير بيِّنةٍ، فإذا لم يُشْهِد عليه فقد أتلف علىٰ نفسه الدينار، وحق البائع باقٍ عليه.

وعلىٰ الرسـول اليميـن للدافع أنّه لم يدفع إليه ويبـرأ؛ لأنّه مؤتمنٌ، فالقول قوله مع يمينه.

فإن كان صغيراً مثله لا يحلف ولا يجوز إقراره، لم يكن عليه شيءٌ وإن أقرَّ؛ لأنَّ صاحب الدينار، وهو المعطي، ضيَّع ديناره بدفعه إلىٰ من لا يُدفع إلىٰ مثله.

❀❀❀

[١٣٩٤] مسألة: قال: ومن أُمِر أن يدفع إلىٰ رسولٍ، فليُشْهد عليه[١].

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ ليحفظ مالـه ويتوثق لـه وللآمر بالدفع، وقـد قال الله سـبحانه: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء:٦]، فأمر من في يده المال أن يدفع إلىٰ من يجوز له دفعه إليه ببيِّنَةٍ؛ ليبرأ بالدفع، فإن لم يُشْـهِد لم يُقْبل قوله علىٰ ما يذكره من الدفع.

❀❀❀

[١٣٩٥] مسـألة: قال: ومن ابتـاع طعامـًا فحُمِل إليه وخَلَطَـه بغيره، ثمّ إنَّ البائـع فقد طعامـًا من طعامه، فأتاه فقال: «انظر[٢] **أن يكون الحمالون حملوا إليك شـيئًا من قمحي»، فكاله فوجده يزيد غِرَارَةً فردَّها عليه، فأراد أن يسـتحلفه الذي ذهب قمحه، فعليه أن يحلف، فإن أبىٰ أن يحلف، غرمه.**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٠).

(٢) قوله: «انظر»، كذا في شب، وفي المطبوع: «أتظن».

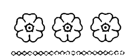
ولا يميـن(١) علىٰ الآخر؛ لأنّـه لا يدري وصل إليه أم لـم يصل، فلا يحلف علىٰ ما لا علم له به؛ لأنَّ [١/ ٥٠/ب] **الحمالين تولَّوا حمله(٢).**

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ سبب البائع قوِيَ بوجود الزيادة عند المبتاع، فكان له أن يستحلفه، فإن نكل غرم المبتاع بالنكول مع قوة السبب.

والبائع لا يحلف؛ لجواز أن يكون قد وصل إليه ما لا يدري، هذا الاحتياط لا الحكم.

فإن حلف المبتاع سقط عنه الغرم.

وإنما لـم يحلف البائع؛ لأنّـه لا يدري هل وصل ما افتقـده من الطعام إلىٰ المشتري أم لا، فليس يجوز أن يحلفه علىٰ ما لا يعلمه.



[١٣٩٦] **قال: ومن ترك دينًا وترك فضلاً فيه عشـرة، فكفَّنه الورثة بخمسةٍ، وأبـت المـرأة أن تجيز، وادَّعـوا أنَّهَا أذنت ورضيت، فلا يمين لهـم عليها، ويُقَوَّم ويُنْظَر في ذلك(٣).**

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الورثة فعلوا ما لم يجز لهم من تكفين الميت بسَرَفٍ

---

(١) قوله: «يمين»، كذا في شب، وفي المطبوع: «شيء».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٠)، النوادر والزيادات [٨/ ١٦٦]، منتخب الأحكام [١/ ١٠٦]، البيان والتحصيل [٧/ ٣٤٥].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٩٠)، النوادر والزيادات [٨/ ١٥١].

وهـو بنصف ما فضـل عن الدَّين، وذلك غير جائزٍ، فعليهـم غُرم ما زاد علىٰ كفن مثله للمرأة بقدر ما يخصها من ذلك.

ولا يمين عليها أَنَّهَا ما رضيت بذلك؛ لأنها في الأصل غير راضيةٍ، وعليهم بيانه.

وقد يحتمل أن يكون مالكٌ قال هذا في امرأةٍ بعينها سُئل عنها، كانت مأمونةً عنده في قولها إنها لم ترض، فرأىٰ أن لا تُستحلف، فأمّا غيرها إذا وقع مثل هذا فإنها تُستحلف، وهو القياس؛ لأنها مُدَّعىٰ عليها، وعلىٰ المُدَّعَىٰ عليه اليمين إذا أنكر ولم يكن للمدعي بيِّنَةٌ، كما قال رسول الله ﷺ.

❀❀❀

[١٣٩٧] مسألة: قال: ولا يحلف أحدٌ عند منبر النبيِّ ﷺ في أقل من ربع دينارٍ[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ربع دينارٍ هو أقل مالٍ ثبتت له حرمةٌ في استباحة يد السارق، وكذلك يستباح به البُضْعُ علىٰ وجه النكاح، لا بأقل منه؛ فلهذا المعنىٰ جاز أن يُستحلف الإنسان عند المنبر علىٰ هذا المقدار، فأمّا في دون ذلك فلا يُستحلف لقلَّته، ولا خلاف في ذلك نعلمه[٢]؛ لأنَّ أهل العلم علىٰ قولين:

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٠)، المختصر الصغير، ص (٦٥٤)، الموطأ [٤/ ١٠٥٤]، المدونة [٤/ ٥]، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٨١)، مختصر أبي مصعب، ص (٤٥٨)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٦١].

(٢) إلىٰ هذا الموضع من شرح المسألة، نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٦٤]، عن الأبهري.

منهم من لم يَرَ اليمين عنده علىٰ القليل والكثير.

[١/٥١/أ] ومنهم من رأىٰ أن يُستحلف علىٰ مقدارٍ ما، وهو ربع دينارٍ، علىٰ قول مالكٍ وأهل المدينة.

ومنهم من رأىٰ أكثر من ذلك، وهو عشرون ديناراً أو مئتا درهمٍ.

فأمّا أحدٌ يقول: إنه يحلف في أقل من ربع دينارٍ أو ثلاثة دراهم، فلا نعلمه قولاً لأحد.

❀❀❀

[١٣٩٨] مسألة: قال: وتحلف المرأة في المسجد، تخرج بالليل إن كانت ممن لا تخرج بالنهار(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ من قِبَل أنَّه لا فصل بين الرجال والنساء فيما يلزمهما من اليمين، فعليها أن تحلف عند المنبر، وتخرج ليلاً إن كانت لا تخرج نهاراً؛ لأنَّ ذلك أستر لها.

❀❀❀

[١٣٩٩] مسألة: قال: ولا بأس أن يفدي الرّجل يمينه(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٠)، المختصر الصغير، ص (٦٥٤)، المدونة [٤/ ٦]، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٨٢)، مختصر أبي مصعب، ص (٤٥٨)، النوادر والزيادات [٨/ ١٥٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٠)، المختصر الصغير، ص (٦٥٥)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٨٢)، النوادر والزيادات [٨/ ١٦٧].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا رُوِيَ عن رسـول الله ﷺ أنّه قال: «**مَا وَقَىٰ بِهِ الْمَرْءُ عِرْضَهُ، فَهُوَ صَدَقَةٌ**»(١)، رواه محمد بن المنكدر، عن جابر، عن النبيِّ ﷺ.

فجاز لهذا المُدَّعَىٰ عليه أن يزيل عن نفسه البذلة والمهنة بما يبذل من ماله، فلم يُمْنع منه، ولم يجز للمدَّعي أن يأخذ ذلك إذا كان غير مستحقٍّ.

ورَوَىٰ القاسـم بن عبد الرحمن(٢): «**أَنَّ ابْنَ مَسْـعُودٍ لَمَّا أَتَىٰ أَرْضَ الحَبَشَةِ، أُخِذَ فِي شَيْءٍ، فَأَعْطَىٰ دِينَارَيْنِ حَتَّىٰ خُلِّيَ سَبِيلُهُ**»(٣).

ورَوَىٰ هشـيم، حدثنـا حجاج، عن عطـاء، عن عمرو(٤)، عـن جابر بن زيد والشعبي قالوا: (**لا بَأْسَ أَنْ يُصَانِعَ الرَّجُلُ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَمَالِهِ إِذَا ظُلِمَ**)(٥).

وعن يونس عن الحسن مثله(٦).

❀❀❀

[١٤٠٠] مسـألة: قـال: ويحلف النصراني في الكنيسـة، ويحلـف بالله عَزَّ وَجَلَّ(٧).

---

(١) أخرجه الدارقطني [٣/ ٤٢٨]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [٢١/ ٢٠٥].

(٢) القاسـم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسـعود المسـعودي الكوفي، ثقة عابد، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٧٩٢).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة [١١/ ٣١٤]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [٢٠/ ٤١٥].

(٤) قوله: «عن عمرو»، كذا في شب، وصوابه: «وعن عمرو»، كما في التخريج.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة [١١/ ٣١٤]، وحكاه ابن المنذر في الأوسط [٦/ ٦١٢].

(٦) ينظر: المرجع السابق.

(٧) المختصر الكبير، ص (٢٩٠)، المختصر الصغير، ص (٦٥٥)، المدونة [٤/ ٥ و ٧]،

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنْ يرتدع الحالف ويمتنع من اليمين إن كان كاذبًا متىٰ كان في موضع يُعَظِّمُهُ ويشَرِّفه.

وإن كان نصرانيًا، حلف في البيعة، وإن كان يهوديًا، ففي الكنيسة، وإن كان مسلمًا، ففي المسجد.

وقوله: «يحلف بالله»، فلأنَّ اليمين هي بالله تعالىٰ أو بصفاته، فلا يجوز أن يستحلف حاكم المسلمين بغيرها، وقد قال النبيُّ ﷺ: [١/٥١/ب] **«مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا، فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ عَزَّ وَجَلَّ أَوْ لِيَصْمُتْ»**(١).

❀❀❀

[١٤٠١] مسألة: قال: **ولا يُحْلَفُ عند مِنْبَرٍ، إلّا منبر رسول الله ﷺ**(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ منبر رسول الله ﷺ له من الحرمة والتعظيم ما ليس لغيره، فاستُحلِفَ الإنسان عنده؛ ليرتدع عن الظلم ويمتنع أن يحلف إن كان كاذبًا عنده، وليس كذلك سائر المنابر؛ لأنّه لا حرمة لها كحرمة منبر رسول الله ﷺ، وقد قال النبيُّ ﷺ: **«مَنْ حَلَفَ عِنْدَ مِنْبَرِي عَلَىٰ يَمِينٍ كَاذِبَةٍ، فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنَ**

موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٨٤)، مختصر أبي مصعب، ص (٤٥٨)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٦٦]، النوادر والزيادات [٨/ ١٥٣].

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ٨٨٩، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٦٧]، هذا التعليل عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٠)، المختصر الصغير، ص (٦٥٦)، المدونة [٤/ ٥]، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٨٢)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٦١].

النَّارِ، قِيلَ: يَا رَسُولَ الله، وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا؟ قَالَ: وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ سِوَاكٍ مِنْ أَرَاكٍ»(١).

❁❁❁

[١٤٠٢] مسألة: قال: ويُحْلَف في مساجد المدائن، وتُغلظ الأيمان في الدماء واللعان في دبر الصلاة(٢).

✍ إنّما قال ذلك كله؛ لأنْ يرتدع الحالف عن اليمين علىٰ غير حقٍّ، وليعترف بالحق إذا ادُّعِي عليه؛ لأنَّ من شأن أهل الدِّين من أي دِينٍ كان، أن يتخوَّف ويرتدع في الأوقات الشريفة والمواضع المعظمة، هذا هو الغالب من أمر أهل الدِّين، فلهذا أوجب أن يُستحلفوا في المواضع التي يعظمونها والأوقات التي يشرفونها، وخاصَّة في الدماء واللِّعان.

ويكون ذلك في دُبر الصلاة؛ لأنَّ ذلك الوقت هو وقتٌ يجتمع فيه الناس، فلعله أن يرتدع عن اليمين علىٰ الكذب خيفة العقوبة وحياءً من الناس، وقد قال الله سبحانه: ﴿تَحۡبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعۡدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة:١٠٦]، فأمر باستحلافهما بعد الصلاة(٣).

❁❁❁

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٣٨١، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٦٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٠)، المدونة [٤/ ٥]، مختصر أبي مصعب، ص (٤٥٨)، النوادر والزيادات [١٤/ ١٨٣]، البيان والتحصيل [٩/ ١٨٤].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٦٥]، هذا الشرح عن الأبهري.

[١٤٠٣] مسألة: قال: ومن كان يقتضي دينه ويقتضيه أيضًا عبدُهُ، فإنَّ كلّ واحدٍ منهما إذا وجبت عليه اليمين، حلف علىٰ ما اقتضىٰ وحده، ولم يحلف علىٰ ما اقتضىٰ غيره(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الحالف إنّما يحلف علىٰ ما يعلمه من فعله لا فعل غيره، فوجب أن يحلف كلّ واحدٍ من السيد والعبد علىٰ ما اقتضاه وحده؛ لأنَّ ذلك فعله دون [١/٥٢/أ] فعل غيره الذي لا يعلمه حقًّا فيحلفه عليه.

❀❀❀

[١٤٠٤] مسألة: قال: وإنما يحلف الحالف بالله الذي لا إله إلّا هو فقط(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ اليمين إنّما هي بالله عَزَّ وَجَلَّ، وهو أن يذكر الله ويوحِّده وينفي غيره، وذلك هو التوحيد، لا غير ذلك من ذكر صفاته؛ لأنّها تكثر، فوجب أن يقتصر علىٰ ذكر اسم الله عَزَّ وَجَلَّ وأسمائه وحده دون غيره، من غير ذكر صفاته، والله أعلم(٣).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، النوادر والزيادات [٨/ ١٦١].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، المدونة [٤/ ٥]، النوادر والزيادات [٨/ ١٥٢]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٦١].

(٣) ينظر الاختلاف في اليمين بصفات الله عند المالكية، في التبصرة للخمي [٤/ ١٦٧٤]، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٦٢]، هذا الشرح عن الأبهري.

قال أبو بكر: وقد كان النبيُّ ﷺ يحلف، يقول: «**وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ**»[١]، وما أشبه ذلك.

❁❁❁

[١٤٠٥] مسألة: قال: وربع الدينار الذي يحلف فيه عند المنبر: ثلاثة دراهمٍ[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ثلاثة دراهمٍ لها حرمةٌ تُقْطَع يد السارق فيها، ويُتَزَوَّجُ عليها، فحرمتها كحرمة ربع دينارٍ.

ألا ترىٰ: أنَّ عشرين ديناراً بمنزلة مئتي درهم في وجوب الزكاة فيها، فكذلك كلّ جزءٍ من مئتي درهمٍ بإزاء كلّ جزءٍ من عشرين ديناراً في الحرمة، والله أعلم.

❁❁❁

[١٤٠٦] مسألة: قال: ومن جحد رجلاً حقّاً، فأراد أن يُحَلِّفَه: «ما أسلفتك شيئًا»، وأبىٰ الآخر أن يحلف إلّا: «ما لك عندي شيءٌ»، فيحلف[٣]**: «ما كان لك عندي حقٌّ وما الذي ادَّعيتَ عليَّ إلّا باطل**[٤]**»، فإن أبىٰ أن يحلف، حلف صاحب الحق**[٥].

---

(١) متفق عليه: البخاري (٦٤٤)، مسلم [٢/ ١٢٣]، وهو في التحفة [١٠/ ١٩٤].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، الموطأ [٤/ ١٠٥٤]، النوادر والزيادات [٨/ ١٥٥].

(٣) قوله: «فيحلف»، كذا في شب، وفي المطبوع: «فحلف».

(٤) قوله: «إلاّ باطل»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ألاّ يأكل»!

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، النوادر والزيادات [٨/ ١٥٨]، البيان والتحصيل

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لجواز أن يكـون كان علىٰ المُدَّعَىٰ عليـه حقٌّ للمُدَّعِي فقضـاه، فليس عليه أن يحلف ما أسـلفه، ولكن يحلف: «مالـك عندي حقٌّ، وما الذي ادَّعيته إلّا باطلٌ».

وفي الكتاب: «ما كان لك عندي حقٌّ» وأحسب «ما كان» غلطـًا، وإنما هو: «ما لك عندي حقّـًا»، لجواز أن يكون كان له عنده حقٌّ فقضاه.

فـإن امتنع المُدَّعَىٰ عليـه عن اليمين، حلف المُدَّعِي واسـتحق حقه بنكول المُدَّعَىٰ عليه مع يمينه.

❀❀❀

[١٤٠٧] مسـألة: قال: ومـن كان لولده عنده مالٌ، فيمـوت ولده، فطالبت جدته بميراثها، فيقول: «قد أنفقْتُ عليه» - من أمورٍ سمَّاها: من رضاعٍ وغيره-:

⇦ فإن كان مقلاً مأمونـًا، لم يحلف.

⇦ وإن كان مكثراً، حلف؛ لأنَّ الآباء هم ينفقون علىٰ الأبناء.

فلا[1] نرىٰ لأحدٍ أن يُحَلِّفَ أباه[2].

✍ إنّمـا قال: «إنَّ قـول الأب يقبل فيما يذكر من النفقة مـن مال ابنه»؛ لأنَّ الابن لا بد له من نفقةٍ ومؤنةٍ في قوته وكسوته وما يصلحه، [١/٥٢/ب] فإذا أتىٰ الأب بما يشبه، قُبِل قوله وعُلِم أنَّ ذلك من مال ابنه إذا كان الأب فقيراً.

[١٠/ ٣٩٤].

(١) قوله: «فلا»، كذا في شب، ولعلها: «ولا».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، النوادر والزيادات [٥/ ٦٩].

وإن كان مكثراً، كان ذلك من مال الأب؛ لأنَّ ظاهر نفقته عليه أنّه من ماله، والأصل كذلك، ولا يُعلم أنَّ ذلك قد أزاله عن نفسه، إلّا بأن يَظْهَر ذلك عند الحاكم، أو يُشْهَد علىٰ ذلك، فيكون ذلك له.

وقوله: «لا نرىٰ لأحدٍ أن يُحَلِّفَ أباه»، فهذا هو علىٰ وجه الكراهة لا الواجب؛ لأنَّ استحلافه أباه مما يؤذيه به ويمتهنه بذلك، وذلك مكروهٌ للابن أن يفعل بأبيه؛ من أجل حقوق الأب علىٰ الابن، فأمّا الواجب فله ذلك؛ لأنّه لا فرق في الحقوق إذا وجبت للإنسان أنَّ له أنْ يأخذها، سواءٌ كان ذلك أباه أو غيره.

ألا ترىٰ: أنّه لو داين أباه لكان له أخذ الدَّين منه.

ومالكٌ فيكره أيضاً حبس الابن لأبيه في حقٍّ يكون عليه[1]، فأمّا الواجب فله أن يحبسه حتىٰ يخرج من حقه، كما يحبس غيره، والله أعلم.

❀❀❀

[١٤٠٨] مسألة: قال: ويحلف النّاس في الأيمان قياماً، ويحلفون في المسجد في أعظم مواضعه عند الناس[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حلفهم قياماً أرهب لهم وأشهر، فلعلهم أن يرتدعوا عن اليمين إن كانوا غير محقين، وقال الله عزَّ وجلَّ: ﴿فَـَٔاخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ ٱلَّذِينَ ٱسۡتَحَقَّ عَلَيۡهِمُ ٱلۡأَوۡلَيَـٰنِ فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾ [المائدة:١٠٦]، أراد، والله أعلم:

---

(١) ينظر: المدونة [٤/ ٤٩٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، النوادر والزيادات [١٤/ ١٨٣]، البيان والتحصيل [٩/ ١٨٤].

أنهما يقومان مقام الأولين، ويشبه أن يكون ذلك في اليمين قائماً، أو بدل الأولين، والله أعلم[١].

وقوله: «يحلفون في المسجد، في أعظم مواضعه»، فذلك أيضاً ليرتدع الحالف أن يحلف علىٰ غير حقٍّ؛ لأنَّ من سبيل أهل الدِّين الارتداع عما لا يجوز في المواضع والأوقات الشريفة، علىٰ ما ذكرناه.

❀❀❀

[١٤٠٩] مسألة: قال: وإذا كان لقومٍ ربع دينارٍ بذكر حقٍّ واحدٍ، لم يحلفوا[٢].

✍ يعني: عند المنبر؛ لأنَّه يصير حالفاً علىٰ أقل من ربع دينارٍ، وإنما يُحْلَف عند منبر النبيِّ صلىٰ الله عليه علىٰ ربع دينارٍ فصاعداً، أو ثلاثة دراهمٍ فصاعداً، علىٰ ما بيَّنَّاه.

❀❀❀

[١/٥٣/أ] **[١٤١٠] مسألة: قال: ويحلف النّاس في المساجد في الأيمان كلها، ويُحْلَف فيما دون ربع دينارٍ في مواضعه، ولا يحلف في مساجد العشائر في ربع دينارٍ[٣].**

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٦٤]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، النوادر والزيادات [٨/ ١٥٤-١٥٥]، البيان والتحصيل [٩/ ١٨٢].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، النوادر والزيادات [٨/ ١٥٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٦١]، الجامع لابن يونس [١٧/ ٥٤٠].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المساجد معظمةٌ عند المسلمين، فيجب أن يحلفوا فيها ليرتدعوا عن اليمين علىٰ غير حقٍّ.

وهذا إذا كان ما يُحْلَف عليه شيئًا له قيمته، وهو ربع دينارٍ أو ثلاثة دراهمٍ، فأمّا أقل من ذلك فإنهم يحلفون حيث كانوا؛ لأنَّ ذلك يسير الحرمة والمقدار.

ألا ترىٰ: أنّه لا يُحْلَف عند المنبر علىٰ أقل من ربع دينارٍ أو ثلاثة دراهم؛ لِمَا ذكرناه، فكذلك لا يحلفون في المساجد، أعني ليس عليهم أن يأتوا إلىٰ المساجد؛ لأنَّ ذلك يشق عليهم ويضر بهم، إلّا في مالٍ له قدرٌ وحرمةٌ(١).

❀❀❀

[١٤١١] مسألة: قال: ولا يُجْلَب إلىٰ المدينة من بَعُدَ، إلّا في الدماء والقسامة(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الدماء لها حرمةٌ ليست لغيرها من الأموال؛ لأنَّ حرمة النفس أعظم من حرمة المال، وقد غُلِّظَت الدماء بجعل القسامة فيها؛ حفظًا لها، وليست كذلك الأموال، فجاز أن يُجْلَبوا من أعمال المدينة وإن بَعُدَ ذلك، وكذلك من عمل مكة وبيت المقدس إلىٰ مساجدها ليحلفوا في الدماء؛ لغلظها، دون الأموال.

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٦٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، المدونة [٤/ ٦]، المدونة [٤/ ٦]، التفريع مع شرح التلمساني [١٠/ ١٢]، وستتكرَّر في المسألة رقم ٢٠٦٣ .

فأمّا مِنْ غير أعمالها فلا يجلبون إليها؛ لأنّ ذلك يضر بالناس، ولو جاز ذلك، لجلبوا من إقليمٍ إلىٰ إقليمٍ، وهذا لا يقوله أحدٌ[1].

❀❀❀

[١٤١٢] مسألة: قال: ولا يُستحلفُ عند المصحف[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ موضع المصحف وكونه فيه، ليس هو موضعاً ثابتاً يعرفه النّاس عند اليمين كثبوت المنبر ومعرفة موضعه.

ولأنه لم يرد أيضاً في اليمين عنده أثرٌ، كما ورد في اليمين عند المنبر وتعظيمها.

❀❀❀

[١٤١٣] مسألة: قال: وإذا اختلف البائعان في ثمن السلعة، فقال المشتري: «بخمسةٍ»، وقال البائع: «بعشرةٍ»؟

فإن شاء البائع أعطىٰ المشتري بما قال، وإن شاء حلف علىٰ ما ادَّعىٰ.

[١/ ٥٣/ ب] فإذا حلف قيل للمشتري: «إما أن تأخذ بما قال، وإما أن تحلف علىٰ ما قلت»، فإن حلف برئ منها[3].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ كلّ واحدٍ من البائع والمشتري مُدَّعٍ ومُدَّعىٰ عليه،

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [١٠/ ١٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩١)، النوادر والزيادات [٨/ ١٥٥]، المنتقىٰ للباجي [٥/ ٢٣٥].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٩٢)، المختصر الصغير، ص (٦٥٦)، المدونة [٣/ ٩٣]،

فالمبتاع مُدَّعٍ لاستحقاق السلعة بشيءٍ ما، والبائع منكِرٌ أن يكون استحقها بذلك، ومُـدَّعٍ لثمـنٍ هو أكثر مما أقر به المشـتري، فبُـدِئَ البائع باليمين؛ لقوة سـببه، ثمّ اسـتَحْلَفَ المشتري بعد ذلك وفَسَخَ الأمر بينهما، إلّا أن يتفقا على شيءٍ، فيجوز ذلك بينهما، وبذلك ورد الخبر عن النبيِّ ﷺ.

فـرَوَىٰ ابـن عيينـة، عـن ابن عجـلان، عـن عون بـن عبد اللـه[١]، عن ابن مسـعود قال: قال رسـول الله ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَ البَيِّعَانِ، فَالقَـوْلُ مَا قَالَ البَائِعُ، أَوْ يَتَتَارَكَانِ**»[٢].

ورَوَىٰ ابن وهبٍ، قال: أخبرني إسماعيل بن عياش، عن إسماعيل بن أمية القرشـي، عن عبد الملك بن عبيـدة[٣]، عن ابنٍ لعبد الله بن مسـعود، حدثه عن أبيـه قال: قال رسـول الله ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ، اسْـتُحْلِفَ البَائِعُ، ثُمَّ كَانَ المُبْتَاعُ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ**»[٤].

موطـأ ابـن وهب، كتـاب القضاء فـي البيـوع، ص (٥٣)، مختصر أبـي مصعب، ص (٤٥٧)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٠٨].

(١) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي الكوفي، ثقـة عابد، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٧٥٨).

(٢) أخرجه أبو داود [٤/ ١٨٤]، والترمذي [٢/ ٥٤٨]، وابن ماجه [٣/ ٣٠٦]، والنسائي في الكبرىٰ [٦/ ٧٤]، وهو في التحفة [٧/ ١٣٢].

(٣) عبد الملك بن عبيدة، مجهول الحال، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٦٢٥).

(٤) هـو الحديث المتقـدِّم، وهذا الإسـناد ذكره سـحنون كما فـي المطبوع مـن المدونة [١٠/ ١٨٨]، عن ابن وهب، وليس فيه سـماع ابن وهب من إسماعيل بن عياش كما أورده الشارح، وإنما: «قال ابن وهب: وقد ذكر إسماعيل بن عياش....».

وعن عطاء وشريح والشعبي مثله(١)، وهذا قول جملة أهل العلم.

❁❁❁

[١٤١٤] مسألة: قال: **وإذا بان(٢) بالسلعة، فالقول قول المشتري ويحلف، ما لم يكن أمرٌ يُعْرَف به كذبه، يقول: «أخذت العبد بدينارٍ أو بدرهمٍ أو ما أشبهه».**

وقد قيل: إنَّ ذلك بمنزلة ما لم تَغَيَّرْ، ما إذا كان قريباً لم تتغير السلعة، فإن تغيرت فالقول قول المبتاع، وهذا أحب إلينا(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المشتري إذا قبض السلعة من البائع فقد قَوِيَ سببُهُ، فكان القول قوله مع يمينه؛ لأنَّ البائع قد ائتمنه علىٰ مبلغ الثمن بتسليم السلعة إليه، وقد ذكرنا فيما تقدَّم أنَّ القول قول من يدَّعِي الأشبه من المتداعيين مع يمينه، وأنَّ اليمين أيضاً جُعِلت علىٰ أقوىٰ المتداعيين سبباً، فلمّا قوي سبب المشتري بقبضه السلعة، [١/ ٥٤/أ] كان القول قوله مع يمينه في مقدار الثمن، وكان علىٰ البائع البيّنة فيما يذكره من الزيادة علىٰ الثمن الذي أقر به المشتري؛ لأنَّ البيّنة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المنكِر.

وبهذا المعنىٰ ورد الخبر عن النبيِّ ﷺ الذي ذكرناه، وهو قول النبيِّ صلىٰ الله عليه: «**أَوْ يَتَتَارَكَانِ البَيْعَ**»، فدل قوله: «**أَوْ يَتَتَارَكَانِ**»، أنَّ ذلك قبل القبض، فهذا أصل قول مالكٍ، وهو القياس.

---

(١) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة [١١/ ٣٤] وما بعده.

(٢) قوله: «بان»، أي: فارق، من المباينة وهي المفارقة، ينظر لسان العرب [١٣/ ٦٣].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٩٢)، المدونة [٣/ ٩٣ و ٤٠٥]، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٥٣)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٠٨].

ووجه قوله: «إنهما يتفاسخان وإن كان المشتري قد قبض السلعة وبان بها، ما لم تتغيَّر بزيادة سوقٍ أو بدنٍ؛» فلأنَّ كلّ واحدٍ من البائع والمشتري لا ضرر عليه في فسخ البيع مع بقاء السلعة علىٰ حالها؛ لأنَّ كلّ واحدٍ منهما يرجع ماله إليه من غير تغيُّرٍ، وأمّا إذا تغيَّر أضرَّ رجوعه إليه متغيِّراً عما باعه؛ لاختلاف غرضه في ذلك.

وهذا القول هو استحسانٌ من مالكٍ لا واجبٌ، كذلك قال ابن القاسم: «إن مالكًا استحسن ذلك»[1].

❀❀❀

[١٤١٥] مسألة: قال: وقد قيل: إنَّ العبد إذا اشتراه الرّجل فمكث حينًا، ثمّ اختلفا في الثمن[2] وقد فات العبد، تحالفا ورُدَّ العبد إلىٰ القيمة، ولا نأخُذ بهذا[3][4].

✍ وجه هذا القول: هو أنَّ الاختلاف لمّا وقع في الثمن، وجب فسخ البيع بعد أن يحلفا، كما قال النبيُّ ﷺ، ثمّ وجب أن يرجع البائع إلىٰ عين المبيع فيأخذه إن كان قائمًا، وَإِلّا إلىٰ مثله إن كان له مثلٌ في الخلقة، كالمكيل والموزون، أو إلىٰ قيمته إن لم يكن له مثلٌ في الخلقة يُقْدَر عليه، وذلك كالعروض والحيوان.

---

(١) ليس في المدونة [٣/ ٤٠٥]، والنوادر والزيادات [٦/ ٤٠٨]، ما حكاه الأبهري عن ابن القاسم.

(٢) قوله: «الثمن»، كذا في شب، وفي المطبوع: «اليمين».

(٣) قوله: «بهذا»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ثمنًا».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٩٢)، المدونة [٣/ ٩٣]، النوادر والزيادات [٦/ ٤٠٩].

ألا ترىٰ: أنَّ ذلك حكم البيع الذي يجب رده لفساده إذا كان عينه باقيـاً، فإن تلف رُجِع إلىٰ قيمة المبيع أو إلىٰ مثله في الكيل والوزن، فكذلك يجب أن يكون مثله فيما يختلف المتبايعان في ثمنه، والله أعلم.

۞۞۞

[١٤١٦] **وقد قيل: إنَّ قول أحد الرجلين إذا كان يشبه الحق فيما يراه،** [١/ ٥٤/ب] **فالقول قوله إذا فاتت بنماءٍ أو نقصانٍ**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ من ادَّعىٰ ما يُعلم كذبه في الأغلب، لم يقبل قوله، وقُبِل قول مدَّعي الأشبه بما يعرفه النّاس مع يمينه؛ لأنَّ عرف النّاس أصلٌ يُرجع إليه، كما يرجع في النقد إذا اختلف فيه المتبايعان، وفي الحمولة إذا اختلف فيها المُكرِي والمُكْتَري، وكذلك السير وأشباه ذلك.

وهذا يجب أن يكون علىٰ كلّ قولٍ لمالكٍ، أنَّ القول قولُ مُدَّعي الأشبه؛ لأنَّ من ادَّعَىٰ أنّه اشترىٰ عبداً بدرهمٍ أو داراً بدرهمٍ، فهو خارج عن عرف النّاس وقوله مردودٌ.

وليس هذا قولاً مفرداً، وقد جعله ابن عبد الحكم قولاً مفرداً، وليس الأمر عندي كما ذكره؛ لأنَّ قول مُدَّعي غير الأشبه مما يعرفه النّاس مردودٌ.

۞۞۞

[١٤١٧] **مسألة: قال: وإذا ادَّعىٰ أحدهما أنّه باع بنقدٍ، وقال الآخر: «بنظرةٍ»:**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٢)، المدونة [٣/ ٩٣]، النوادر والزيادات [٦/ ٤٠٩].

⇦ **فإن بان بها فالقول قوله ويحلف.**

⇦ **وإن لـم يحزهـا، فالقول قول البائـع مع يمينه، والمبتـاع بالخيار في أن يحبس، أو يحلف ويرد**(١).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ الاختلاف في أجـل الثمن كالاختلاف في مقداره؛ لأنَّ بائع السلعة يقول: «أنا استحق الثمن عليك نقداً»، والمشتري ينكر ذلك.

وكذلـك إذا اختلفا في الأجل، فقال البائع أقل من أجل المشـتري، تحالفا وتفاسـخا؛ لأنَّ كلّ واحـدٍ منهما مُدَّعٍ ومُدَّعًىٰ عليه كمـا ذكرناه في اختلافهما في مبلغ الثمن، فوجب أن يتحالفا في اختلافهما في الأجل كذلك.

فـإن كان قـد قبض المشـتري السـلعة، فالقول قوله مـع يمينه؛ لقوة سـببه وائتمان البائع إياه.

وفي الاستحسـان أنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تتغير في بدنٍ أو سوقٍ، كما ذكرناه في الاختلاف في مقدار الثمن.

❀❀❀

[١٤١٨] مسـألة: قـال: ومن ابتاع سـلعةً فقبضهـا، ثمّ جاء يطلـب ثمنها، فيقول: «قد قضيتك»:

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٩٢)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٥٤)، النوادر والزيادات [٦/ ٤١٩].

[١/ ٥٥أ] ⇦ **فأمّا السلع التي تباع بالنقد، مثل: الحنطة والزيت واللحم وما أشبهه، مما النقد فيه مع البيع كهيئة[(١)] الصرف، فإنَّ المشتري يحلف ويبرأ.**

⇦ **وما كان من الدور والرقيق والأرضين والثياب وما أشبه ذلك، فإنَّ البائع يحلف ويأخذ حقه، وإن لم يحلف، حلف المبتاع[(٢)].**

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا قلناه فيما تقدَّم: أنَّ اليمين جُعِلت في الأصل علىٰ أقوىٰ المتداعيين سبباً من المُدَّعِي أو المُدَّعَىٰ عليه، وإذا كان كذلك، وكان عرف النّاس جارياً أنهم ينقُدون في السلعة التي اشتراها المشتري مع عقد البيع، ولا يبيعونها إلىٰ أجلٍ ولا يتأخر نقد ثمنها عن عقد البيع، كان القول قول المشتري مع يمينه؛ لقوة سببه؛ ولأنَّ قوله يشهد له عرف النّاس في البلد الذي هما فيه، كما يُرْجَع في كيفية عقد هذه السلعة إذا اختلفا إلىٰ عرف البلد، وكذلك في الحمولة والسير إذا اختلفا، فكذلك يجب أن يُرْجع في هل دَفَعَ الثمن أم لا إلىٰ عرف النّاس فيه.

وهذا إنّما قاله مالكٌ بالمدينة؛ لأنَّ عرف النّاس كان جارياً بذلك، أنهم يشترون الحنطة والزيت واللحم في الأغلب بالنقد؛ لعزة ذلك عندهم وشدة حاجتهم إليه، فأمّا إذا كان بلداً لم يَجْرِ عُرْفُهم بالنقد مع العقد، لم يكن القول قول المشتري مع يمينه.

فأمّا ما كان من السلع كالرقيق والثياب والأرضين التي تباع نقداً ونسيئةً؛

---

(١) قوله: «كهيئة»، كذا في شب، وفي المطبوع: «كثمن».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٢)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٥٥)، النوادر والزيادات [٦/ ٤١٥].

فإنَّ القول قول البائع مع يمينه أنّه لم يقبض الثمن، وعلىٰ المشتري البيّنة في دفع ذلك إليه، فإن لم يحلف البائع حلف المبتاع أنّه قد دفع ذلك الىٰ البائع وبرئ من الثمن، بنكول المُدَّعَىٰ عليه عن اليمين وهو البائع، مع يمين المدَّعِي وهو المشتري.

❀❀❀

[١٤١٩] مسألة: قال: ومن باع حائطًا واستثنىٰ ثلاثة أعذقٍ، فقال البائع: «استثنَيْتُ خيارها»، وقال المبتاع: «لم تُسَمِّ ذلك»، فيحلف المشتري ويُعْطِي البائِعَ ثلاثَةَ أعذقٍ من أوسط المال، [١/ ٥٥/ب] **إلّا أن يتحالفا جميعًا فيُفْسَخُ البيع**(١).

✍ القياس في هذه المسألة أن يتحالفا ويتفاسخا؛ لأنَّ الخلاف قد وقع بينهما في مقدار البيع لَمَّا اختلفا في المستثنىٰ من النخل، فإن اتفقا علىٰ شيءٍ ما من الاستثناء جاز إذا رضيا به، كما لو تراضيا في البيع علىٰ شيءٍ جاز إذا لم يكن غرراً ولا مجهولاً.

❀❀❀

[١٤٢٠] مسألة: قال: وإذا ابتاع الرّجل المتاع بالدراهم، ثمّ اختلفا في الوزن، فإنَّ للبائع وزن تلك السلعة التي تبتاع بها في ذلك البلد(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ قول أقوىٰ المتداعين سبباً هو المقبول مع

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٢)، المدونة [٣/ ٩٢]، النوادر والزيادات [٦/ ٤٠٢].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٣)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٥٤)، النوادر والزيادات [٩/ ١٣٣].

يمينه؛ لقوة سببه على سبب صاحبه، ومُدَّعي الوزن الذي يعرفه النَّاس في البلد الذي تعاقدا فيه هو أقوىٰ سبباً من الآخر الذي يَدَّعِي خلافه؛ لأنَّ العرف أصلٌ يُرجع إليه في النقد والحمولة والسير وغير ذلك.

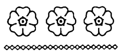
فإن ادَّعَىٰ كلّ واحدٍ منهما خلاف نقد البلد، تحالفا وتفاسخا؛ لأنَّ كلّ واحدٍ منهما يدّعي ما لا يُعْلم صدقه، ولا يشهد له العرف بتصديق قوله.

[١٤٢١] مسألة: قال: ومن تكارىٰ من مصر إلىٰ المدينة، فله بالمدينة نقد مصر(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النقد يكون حيث وقع عقد البيع والإجارة؛ فلهذا قال: «إنَّ له نقد مصر»؛ لأنَّ عقد الإجارة بها وقع.

[١٤٢٢] مسألة: قال: ومن تكارىٰ من المدينة إلىٰ مصر، فله بمصر نقد المدينة(٢).

✍ وهذا لِمَا ذكرناه؛ لأنَّ عقد الكراء وقع بالمدينة، فله نقد المدينة، كما يكون له نقد المدينة إذا باع بها.



(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٣)، المدونة [٣/ ٤٩٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٣).

[١٤٢٣] قال: ومن ابتاع عبداً أو مسكناً، ثمّ مكث حيناً، ثمّ ادَّعىٰ الثمن[١]، حلف وأخذ حقه، إلّا أن تقوم بينةٌ[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الثمن قد وجب علىٰ المشتري؛ فعليه البيّنة علىٰ دفعه إلىٰ البائع وخروجه منه، وعلىٰ البائع [١/٥٦/أ] اليمين إن أنكر قبضه؛ لأنَّ البيّنة علىٰ المدَّعي واليمين علىٰ المنكِر، كما قال رسول الله ﷺ.

❀❀❀

[١٤٢٤] مسألة: قال: ومن باع رأساً في السوق، ونَقْدُ السوق المثاقيل[٣]، وأُعْطِي المثاقيل فقال: «ما بعت إلّا بالقائمة»[٤]، فليس له إلاّ المثاقيل، ولو شاء، لبيَّنَ[٥].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنّه يُرْجع في ذلك إلىٰ نَقْدِ النّاس في ذلك البلد، وما جرىٰ عرفهم عليه في نقد السلعة المبيعة، فيُحملوا عليه؛ لأنَّ العرف

(١) قوله: «الثمن»، كذا في شب، وفي المطبوع: «اليمين».
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٣).
(٣) قوله: «المثاقيل»، هي جمع مثقال، والمثقال نقدٌ مقداره درهم وثلاثة أسباع درهم، وكلّ سبعة مثاقيل عشرة دراهم، ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير [١/ ٨٣]، معجم لغة الفقهاء، ص (٤٠٤).
(٤) قوله: «بالقائمة»، المراد بها الدنانير القائمة، وهي الدنانير الكاملة التي لا نقص فيها، ينظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، ص (٦٩).
(٥) المختصر الكبير، ص (٢٩٣)، البيان والتحصيل [٧/ ٢٧٣].

أصلٌ يُرجع إليه كما ذكرناه، فليس يقبل قول من يدَّعي نقداً خلافه أو يزيده، إلّا أن يقيم بيِّنةً علىٰ ما يدعيه.

والمثاقيل: المكسرة، والقائمة: الدنانير الوزن الصحاح.

❀❀❀

[١٤٢٥] مسألة: قال: **ومن سلف في قمحٍ، فقال البائع عند الأجل: «إنّما بعتك شعيراً»، تحالفا وتفاسخا**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنهما قد اختلفا في الغرض من الشّيء المبيع، فهو كاختلافهما في الجنس، ومتىٰ اختلفا في الجنس، تحالفا وتفاسخا عند مالكٍ.

فإن كان أجل السلم قد حلَّ، فإن اختلفا في المقدار، وكان أجله قد حل لم يتحالفا ويتفاسخا، وكان القول قول البائع لقوة سببه.

فإن كان عند العقد واختلفا في المقدار، تحالفا وتفاسخا؛ لاختلافهما في مقدار المبيع قبل قبض البائع له، تحالفا وتفاسخا.

وذلك كله، لِمَا ذكرنا لاختلافهما في السلعة المبيعة عيناً أنهما يتحالفان ويتفاسخان، والقول فيها وفي السَّلَمِ واحدٌ إذا كان قبل القبض أو قبل حلول الأجل.

وقال عبد الملك: «إذا اختلفا في الحنطة والشعير، كان القول قول البائع مع يمينه عند حلول الأجل»؛ لأنَّ الحنطة والشعير جنسٌ واحدٌ عنده.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٣)، المدونة [٣/ ٩٢]، النوادر والزيادات [٦/ ٤١٧]، الجامع لابن يونس [١١/ ٢٦٧].

والصحيح قول مالكٍ، وهو اختلاف الغرض فيهما، وقول [١/٥٦/ب] عبد الملك محتملٌ أيضًا.

❁❁❁

[١٤٢٦] مسألة: قال: ومن أرسل رسولاً يبيع غلامًا له، فاختلفا في الثمن، فقال المشتري: «أربعون»، وقال الرسول: «خمسون»، فإنهما يتحالفان، فإن أبىٰ الرسول أن يحلف، فُسِخ البيع، ولم يُقَل لصاحب الغلام: «احلف».

وقال ابن القاسم: إن نكل الرسول، حلف المشتري علىٰ الأربعين وكانت السلعة له، ولا يُفسخ البيع[1].

✍ إنّما قال ذلك: «إنَّ الرسول يحلف»؛ لأنّه هو البائع الذي تولىٰ العقد، فيجب أن يحلف علىٰ فعله.

ولا يحلف صاحب الغلام؛ لأنّه لم يلِ العقد ولم يباشره، فوجب أن لا يحلف هو علىٰ فعل غيره؛ لأنَّ الحالف إنّما يحلف علىٰ فعله.

وقوله: «إنه يُفسخ»، يريد أنَّ امتناع الرسول من اليمين ويمين المشتري علىٰ ما يقوله لا ينقل السلعة عن ملك البائع؛ لأنَّ هذا ليس ببيعٍ، وإنما وُكِّلَ بالبيع حسب، فهو وجه قوله يفسخ.

ووجه قول ابن القاسم؛ فلأنَّ الرسول هو الذي تولىٰ عقد البيع، فإذا امتنع من اليمين وجب أن يحلف المشتري؛ لأنَّ المشتري قد قَوِيَ سببه بامتناع رسول

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٣)، النوادر والزيادات [٦/ ٤٣٥]، البيان والتحصيل [٨/ ٩٨].

البائع أن يحلف، فجاز له أن يحلف علىٰ ما يقوله؛ لأنّه مباشرٌ لعقد البيع ويكون القول قوله، فوجب أن يُحكم له بالشراء علىٰ ما يذكره من اليمين؛ لأنّه قد اجتمع له نكول رسول البائع مع يمينه؛ ولأنَّ البائع قد أقام الرسول مقام نفسه.

ويحتمل أن يقال: إنَّ البائع هو مالكٌ للعقد، فله أن يحلف علىٰ ما يذكره من الثمن الذي باع به الرسول؛ لأنَّ الإنسان يعلم الشّيء بالخبر كما يعلمه بالمشاهدة.

ألا ترىٰ: أنّه يجوز له أن يحلف مع شاهده علىٰ حق أبيه ويستحقه، وإن كان حين مات أبوه صغيراً؛ لأنّه يعلم ذلك بالخبر كما يعلمه بالمشاهدة، وهذا القول أقيس.

❀❀❀

[١٤٢٧] مسألة: قال: ومن ابتاع رُطَبًا بدرهم، فكال الرطب وحازه، ثمّ طُلِبَ [١/ ٥٧/ أ] **الثمن، فقال: «قد دفعت»، فالقول قول الرطَّابِ ما لم يفارقه، وكذلك الطعام يكتاله في وعائه**[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المشتري إذا لم يفارق البائع عند عقد البيع، ففي الأغلب أنّه لم يدفع إليه الثمن، فالقول قول البائع مع يمينه، وعلىٰ المشتري البيّنة علىٰ دفع ذلك إليه.

فإن افترقا كان القول قول المشتري مع يمينه علىٰ دفع ذلك إلىٰ البائع، إذا

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٤)، النوادر والزيادات [٦/ ٤١٥]، البيان والتحصيل [٧/ ٣٥٧].

كان عرف البلد جارياً بدفع الثمن في تلك السلعة قبل أن يتفارقا، علىٰ ما ذكرناه فيما تقدَّم.

❀❀❀

[١٤٢٨] مسألة: قال: وإذا اختلف المتكاريان[١]: فقال الكَرِيُّ[٢]: «إلىٰ المدينة»، وقال المُكتري: «بل إلىٰ مكة»، فقد اختُلِف فيه:

⇦ فقيل: ۞ إن كان لم يركب: فالقول قول الكَرِيِّ وعليه اليمين.

۞ وإن ركب[٣]: فالقول قول المتكاري، فإن بلغا المدينة سُئل عن كراء المدينة، ثمّ حملا عليه، والقول قول المتكاري، ويحلف صاحب الدابة: «ما أكريتك إلّا إلىٰ المدينة» ولا شيء عليه.

فإن انتهيا إلىٰ مكة، ثمّ اختلفا، فإن الكري يحلف للمتكاري: «ما تكارىٰ إلّا إلىٰ المدينة».

⇦ وقد قيل: إذا اختلفا في المدينة بعد أن يبلغا المدينة، فالقول قول صاحب الظهر، إلّا أن يكون في زمان الحاج[٤].

---

(١) المسألة متصورة في رجل يكتري من مصر أو المغرب أو غيرها من البلدان إلىٰ مكة، فيختلفان في المدينة، ينظر: البيان والتحصيل [٩/ ١٢٢].

(٢) قوله: «الكَرِيُّ»، هو المؤجر الذي يؤجر عليك الدابة، ينظر: تاج العروس [٣٩/ ٣٩٢].

(٣) يعني: ولم يقبض الكري الكراء، كما في البيان والتحصيل [٩/ ١٢٢].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٩٤)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٩٧)، البيان والتحصيل [٩/ ١٢٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه في اختلاف المتبايعين في السلعة المبيعة عينًا، أنهما يتحالفان ويتفاسخان إذا اختلفا في مقدار ثمنها أو مقدار عينها في الكيل والوزن، أو غير ذلك؛ لأنَّ الكراء هو بيع منافع الأعيان، كالبيع هو بيع رقاب الأعيان، فمتىٰ قبض المتكاري ما اكتراه وركبه، فالقول قوله مع يمينه؛ لقوة سببه بقبضه الشّيء الذي اكتراه، كما يكون القول قول المشتري فيما قبضه.

فأمّا ما بقي من المسافة، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، ويكون القول قول المكتري في [١/٥٧/ب] الكراء مما قد ركب إذا كان يشبه ما قال مع يمينه، فإن لم يشبه فالقول قول المُكْرِي مع يمينه؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ قول مدعي الأشبه أولىٰ بالقبول مع يمينه؛ لقوة سببه وشهادة العرف له.

فأمّا إذا كان في وقت الحاج لم يقبل قول من يدَّعِي مسافةً دون مكة؛ لأنَّ الأغلب في وقت الحاج أنهم إنّما يكترون إلىٰ مكة، فلا يقبل قول المُكري أنّه إلىٰ غير ذلك من الطريق؛ لقوة سبب المكتري، وشهادة العرف له.

وقد قيل: «إذا اختلفا وقد بلغا المدينة، نُظِرَ إلىٰ الكراء، فإن كان الذي أعطاه كراء المدينة، أُحْلِفَ علىٰ ذلك صاحب الظهر أنّه إنّما أكرىٰ إلىٰ المدينة ولم يجاوز به المدينة، وإن كان الكراء أكثر من كراء المدينة، أُعطِيَ الذي تكارىٰ فضل الكراء ويحلف المكري، فإن أبىٰ أن يحلف، حلف المتكاري ومضىٰ به إلىٰ مكة»[(١)].

وجه هذا القول: هو أنَّ مقدار الكراء فيه دلالةٌ علىٰ قدر المسافة وما اكترىٰ

---

(١) ينظر: البيان والتحصيل [٩/ ١٢٧].

منها؛ لأنَّ النّاس إنّما يعطون الكراء علىٰ حسب مسافة الطريق في القرب والبعد، فإذا كان يشبه قول المكري، كان القول قوله في مدة المسافة أنَّ ذلك إلىٰ المدينة، وإن كان في وقت الحاج؛ لجواز أن يكون الأمر كما قال، وقوة سببه بمقدار الكراء أنّه إلىٰ المدينة، وكان له كراء مكة[1]؛ لقوة سببه؛ لامتناع المكتري عن اليمين، ويمينه هو علىٰ ما يقوله.

❀❀❀

[١٤٢٩] مسألة: قال: فإن اختلفا في الكراء، فقال المتكاري: «بكذا وكذا»، وقال المكري: «بكذا وكذا»:

⇦ فإن كان الكري[2] لم يبعد أو لم يبرح، فالقول قول الكَرِيِّ مع يمينه، ثمّ المكتري بالخيار، إن رضي وَإِلّا حلف وبرئ.

⇦ وإن كان قد أبعد، فالقول قوله، إن جاء بما يشبه وعليه اليمين.

وإن كان قد حمل وسار بعض الطريق أو جُلِّها ولم ينقد الكراء، فالقول قول المتكاري وعليه [١/٥٨/أ] اليمين؛ لأنّه قد انتقل حمولته وائتمنه علىٰ الكراء، إلّا أن يأتي بما لا يعرف.

---

(١) قوله: «مكة»، كذا في شب، ولعلها: «المدينة»، والله أعلم.

(٢) قوله: «الكري»، كذا في شب، ولعلها: «المكتري»، كما يدل عليه قوله بعد ذلك: «وإن كان قد أبعد»، والله أعلم.

وكذلك لو اختلفا في شيءٍ من الوزن والحمولة أو نقصان الذهب، إلّا أن يكون خروجه حين اختلفا من قُرْبٍ، ليس في رجوعه كبير مؤنةٍ[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ قبض المكتري ما اكتراه وركوبه له، بمنزلة قبض المشتري للسلعة، فالقول قوله مع يمينه في مقدار الكراء والمسافة، إذا كان يشبه ما يقوله؛ لائتمان المكتري[٢] له علىٰ ذلك كله، إلاّ أن يكون لم يبعد في السير، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان؛ لأنّه ليس في ذلك ضررٌ علىٰ المكتري في الرجوع، وذلك بمنزلة ما لم تتغير السلعة في يد المشتري، أنهما يتحالفان ويتفاسخان.

وهذا هو استحسانٌ من قول مالكٍ، والقياس أنَّ القول قول المشتري بعد قبض السلعة، وقول المكتري بعد قبض ما اكتراه؛ لأنَّ البائع والمكري قد ائتمناهما علىٰ ذلك.

وكذلك لو نقد المشتري البائع الثمن، والمكتري للمكري الكراء، ثمّ اختلفا في مبلغه، كان القول قول البائع والمكري في ذلك، إذا كان يشبه ما يقول، لائتمان المشتري والمكتري لهما علىٰ الثمن والكراء.

وكذلك إذا اختلفا في الوزن والحمولة، الحكم فيه كاختلافهما في مسافة الطريق ومقدار الكراء، يُرجع في ذلك إلىٰ مُدَّعي الأشبه منهما، ويكون القول قوله مع يمينه، فإن ادَّعَىٰ أحدهما ما لا يشبه، كان القول قول مدعي الأشبه، فإن

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٤)، البيان والتحصيل [٩/ ١٢٢].

(٢) قوله: «المكتري»، كذا في شب، ولعلها: «المكري».

خرجا جميعًا عما يشبه، رجع إلىٰ كراء المثل فيما قد ركب، وقيمة السلعة إن كانت قد تغيرت أو فاتت في يد المشتري، والله أعلم.

❀❀❀

[١٤٣٠] قال عبد الله: والذي نأخذ به من ذلك، أنَّ الرّجل إذا تكارىٰ دابَّةً بعينها، ثمّ اختلفا في البلد قبل أن يرحلا من البلد وفي الكراء، انتقدا أو لم ينتقدا، فإنَّ المكري يحلف، ثمّ يقال للمتكاري: «إن شئت فخذ، وإن شئت فاحلف وينفسخ أمركما».

وإن اتفقا علىٰ الكراء [١/٥٨/ب] واختلفا في البلد فكذلك.

وإن كان إنّما أسلفه في كراءٍ مضمونٍ، واختلفا بقرب ذلك ولم يتطاول، تحالفا وتفاسخا، فإن طال حتىٰ يمضي شهران أو نحو ذلك، كان القول قول الكَرِيِّ فيما ادَّعىٰ من البلدان وإن لم يرحلا؛ لأنَّ ذلك قد طال.

وإن تكارىٰ منه ونقده وركب وسار السير القريب، أو لم ينقده، واختلفا في الثمن والمسير، تحالفا وتفاسخا، والقريب مثل: الجيزة وبئر عميرة[1]، فأمّا إذا أبعد فليس ذلك بقريبٍ.

فإن كان قد سار رجلٌ الطريق ولم ينتقده، ثمّ اختلفا، فالقول قول المتكاري، ويَبْلُغُ حيث أقر له به المكري، ويفسخ عنه ما بقي، يُنظر إلىٰ الذي أقر به من الكراء، وكم الذي أقر به المكتري، وكم الذي أقر به الكَرِيُّ، وكم ذلك من الطريق:

---

(١) قوله: «وبئر عميرة»، هو موضع بين القاهرة وبلبيس بمحافظة الشرقية بمصر، ينظر: تاج العروس [٢/ ١٢١].

فإن كان نصفها، دفع نصف ما أقر به من الكراء وفسخ ما بقي مما لم يقر به الكري، ولم يلزم الكري أن يحمله بما ادَّعاه.

وإن كان قد انتقد الكراء، فالقول قول المكري في الطريق وفي الكراء بعد الأيمان، إلّا أن يكون في أيام الحاج، فإنَّ الحاج إنّما يكترون علىٰ مكة[1].

✍ قد ذكرت وجه ما قاله عبد الله واختاره من ذلك، وهو قول مالكٍ الذي هو القياس دون الاستحسان الذي ذكرناه، وأنَّ حكم الكراء في ذلك كحكم البيع إذا اختلفا فيه بعد قبض السلعة وبعد قبض الثمن وقبل قبضه.

وكذلك إذا كان المُكْرَىٰ مضموناً إلىٰ أجلٍ، فحكمه حكم السلم المضمون إلىٰ أجلٍ إذا اختلفا فيه:

إذا كان عند حلول الأجل، فالقول قول البائع وهو المسلم إليه مع يمينه.

وإن كان عند عقد السلم، تحالفا وتفاسخا.

والكراء مثله سواءٌ، لأنَّ الكراء بيع منافع الأعيان، والبيع هو بيع رقابها، فإذا وقع الخلاف في بيع المنافع أو ثمنها عُمِل فيها كما يعمل في وقوع الخلاف في بيع الأعيان [١/٥٩/أ] وأثمانها، والله أعلم.



(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: النوادر والزيادات [٧/ ١٢٦]، البيان والتحصيل [٩/ ١٢٧].

[١٤٣١] مسألة: قال: وإذا تكارىٰ الرّجل إلىٰ بلدٍ، ثمّ اختلفا في الكراء بعد البلوغ، فالقول قول المتكاري(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المتكاري هو أقوىٰ سبباً بقبضه ما اكتراه واستيفائه له، فالقول قوله مع يمينه، كما يكون القول قول المشتري مع يمينه في مبلغ الثمن إذا كان قد قبض السلعة، فأشبه ما قال من الثمن.

❀❀❀

[١٤٣٢] مسألة: قال: ومن تكارىٰ إلىٰ بلدٍ، فلمّا قدم، زعم أنّه لم ينقده، فعلىٰ المتكاري البيّنة علىٰ الدفع(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المتكاري مدَّعٍ لدفع الكراء إلىٰ المُكْرِي، فعليه البيّنة علىٰ ذلك، وَإِلّا حلف المكري أنّه لم يدفع إليه وكان له ذلك؛ لأنَّ البيّنة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المنكِر، كما قال رسول الله ﷺ.

❀❀❀

[١٤٣٣] مسألة: قال: ومن تكارىٰ إلىٰ بلدٍ، ثمّ جاء بعد ذلك يطلب منه الكراء:

⇦ فإن كان بعد قدومه باليوم واليومين، فإنّه يحلف علىٰ ذلك ويكون ذلك له.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٤)، البيان والتحصيل [٩/ ١٢٢].

(٢) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٩٧)، الجامع لابن يونس [١٦/ ٨١].

⇦ **وإن تركه حتىٰ مرَّ قابلٌ أو شيءٌ قد طال، فيحلف المتكاري.**

وكذلك كراء البيوت والصناع، وكراء الظهر علىٰ هذا.

والخياط يطلب حقه أو بعض الأعمال:

⇦ **فإن طلب ذلك عند فراغه أو قريباً منه، كان ذلك عليه.**

⇦ **وإن كان قد تقادم، أُحْلِف الرّجل ما له عنده شيءٌ**(١).

✍ إنّما قال: «إنه إذا طلب المُكرِي الكراء بعد قدومه بالمدة التي تشبه تأخير الكراء إليها، فعلىٰ المُكتري البيّنة علىٰ الدفع»؛ لأنّه مدَّعٍ لذلك، وليس معه حُجَّةٌ علىٰ المكري في رد قوله من طول المدة التي لا يترك الإنسان الكراء إلىٰ مثلها في الأغلب.

فإذا تَرَكَ إلىٰ مثلها كان القول قول المتكاري مع يمينه أنّه قد دفع إليه الكراء؛ لأنَّ الأغلب والعرف أصلٌ يرجع إليه في تصديق المدعي ما يشهد له عرف النّاس وعادتهم.

وكذلك أمر الصناع علىٰ هذا، يُرجع في دفع الكراء إلىٰ عرف النّاس فيه، فإذا لم يؤخّروا إلىٰ مثله كان مُدَّعِي[١/٥٩/ب] تأخير ذلك خارجاً عن عرف الناس، فلا يقبل قوله، وإذا لم يخرج عن العرف، قُبِل قوله مع يمينه، وكان علىٰ صاحبه البيّنة علىٰ دفع ما يذكر من الكراء، إذ ليس هاهنا عُرفٌ بخلاف قول الآخر.

فإن قيل: قد قال النبيُّ ﷺ: «**البَيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي، وَاليَمِينُ عَلَىٰ المُنْكِرِ**»(٢)،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٤)، المدونة [٣/ ٤٩٣]، الجامع لابن يونس [١٦/ ٨١].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٩٧ .

فوجب بعموم هذا القول أن تكون البيّنة علىٰ مدَّعي دفع [.....][١] المال [.....][٢] الكَرِيِّ، طالت مدة ذلك أم قصرت؛ لأنّه يدَّعي خروجه مما قد وجب عليه، وعلىٰ المنكِرِ اليمين؟

قيل له: هذا الحديث ليس علىٰ عمومه في كلِّ مدعٍ.

ألا ترىٰ: أنَّ من ادَّعَىٰ علىٰ رجلٍ له زنا، لم يكن علىٰ المُدَّعَىٰ عليه يمينٌ أنّه لم يزنِ، وكذلك إذا ادَّعىٰ الوصي أنّه قد أنفق علىٰ اليتيم نفقةً تشبه، أنّه لا بيِّنة عليه وأنَّ القول قوله.

فثبت بما قلنا أنَّ الخبر ليس علىٰ عمومه.

علىٰ أنّه يجب علينا استعمال العرف والرجوع إليه، إذ هو أصلٌ، كما يجب الرجوع إلىٰ الخبر، فلمّا كان العرف أصلاً يُرجَع إليه في بعض الأماكن ويُصَدَّق له قول مدعي الأشبه بالعرف من غير بينةٍ تقوم له غير العرف، وكذلك يجب أن يكون ذلك فيما ذكرناه من دفع الكراء وأجرة الصانع وغير ذلك، والله أعلم، كما يُفعل ذلك في النقد إذا اختلفا فيه، والحمولة والسير.

❀❀❀

[١٤٣٤] مسألة: قال: ومن استعمل صائغًا حليّا بدينارٍ، فلمّا فرغ قال: «عَمِلتُ بدينارين»؟

فيُسأل عن ذلك أهل العلم بذلك العمل، فإن كان شبيهًا بما قال الصائغ،

---

(١) ما بين [ ]، كلمة مطموسة، ولعلها: «الكراء و».

(٢) ما بين [ ]، كلمة مطموسة، ويشبه أن تكون: «للبائع و».

لا يُستيقن أنّه قال باطلاً، كان أولىٰ باليمين؛ لأنَّ المتاع بيده، فيأخذ حقه، فإن نكل حلف الآخر إذا لم يأت بما يستنكر[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ أقوىٰ المتداعيين سبباً هو من يدَّعي الأشبه بما يقوله في عرف النّاس وعادتهم في البلد الذي هما به، فيُرجع إلىٰ ذلك، فكذلك يُرجع في أجرة العمل إذا اختلفا فيه إلىٰ من يقول ما يَعْرِفُهُ الناس، دون من يقول ما لا يعرفه الناس، [١/٦٠/أ] ويكون القول قوله مع يمينه؛ إذ العرف أصلٌ يُرجع إليه كما ذكرنا.

فإن نكل عن اليمين حلف الآخر وكان القول قوله؛ لأنَّ صاحبه قد أضعف قوله بامتناعه عن اليمين؛ لأنَّ النّاس في الأغلب لا يمتنعون من اليمين علىٰ الحق، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَيَسْتَنْبِـُٔونَكَ أَحَقٌّ هُوَ قُلْ إِى وَرَبِّىٓ إِنَّهُۥ لَحَقٌّ﴾ [يونس:٥٣]، فكان القول قول الآخر مع يمينه مع نكول صاحبه، واستَحَقَّ ما يذكره من الأجرة، وكلّ ذلك إذا كان يشبه ما يقول.

❁❁❁

[١٤٣٥] مسألة: قال: وإذا هلك رجلٌ وترك ابنين، ثمّ أقرَّ أحدهما: «أنَّ أباه أقرَّ أنَّ فلانـًا ابنه»، أَنَّ النسب لا يثبت، ولا يجوز إقراره إلّا علىٰ نفسه، ويعطيه ثلث ما في يديه، وهو نصف ميراث المستَلْحَقِ.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٥)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٨٩).

وكذلك المرأة تُقرُّ بالدَّين علىٰ زوجها وينكر الورثة، فتدفع إلىٰ الغريم ثُمُنَ[(١)] حقه إن كانت ورثت الثُمُن.

وإن كانت ابنةٌ، ورثت النصف ودفعت إلىٰ الغريم نصف حقه.

فإن شهد علىٰ ذلك ابنه، حلف صاحب الحق مع شاهده، وإن لم يحلف، أُخِذ من ميراث الذي أقر له من ذلك؛ لأنّه أقر له به وأنكر غيره[(٢)].

✍ إنّما قال: «إنَّ اقراره لا يجوز في النسب»؛ فلأنه إنّما يُقِرُّ علىٰ غيره ويُلْزِمه نسبًا لا يُعْلَم ثبوته بغير قوله، فلا يقبل قوله؛ لأنَّ إقرار الإنسان علىٰ غيره غير مقبولٍ، وإنما يقبل إقراره علىٰ نفسه إذا كان ممن يجوز إقراره عليها، قال الله سبحانه: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام:١٦٤].

ويعطيه ثلث ما في يده؛ لأنّه قد أقر علىٰ نفسه لغيره بمالٍ يستحقه في يده، فيلزمه ذلك، ووجب أن يعطيه ما أقر له به؛ لأنّه يقول: «أنت مستحقٌّ لثلث ميراث أبي، وأنا مستحقٌّ لثلثه، وأخي مستحقٌّ لثلثه»، فيلزمه أن يعطيه من الميراث ثلث ما في يده، وهو سدس جميع المال؛ [١/٦٠/ب] لأنَّ أخاه لو أقر به لأعطاه أيضًا ثلث ما في يده، وتكامل للمُقَرِّ له جميع الميراث.

فإن قيل: كيف يجوز أن يلزَمَ المُقِرُّ أن يعطيه الميراث من غير ثبوت نسبٍ،

---

(١) قوله: «ثُمُن»، ساقطة من المطبوع.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٥)، المختصر الصغير، ص (٦٥٦)، الموطأ [٤/ ١٠٧٣]، المدونة [٤/ ٦٧]، النوادر والزيادات [١٣/ ٢١٤].

وإنما أقر أنَّ له مالاً علىٰ وصفٍ ما، فإذا لم يثبت ما ذَكَرَ لم يثبت المال؛ لأنّه مأخوذٌ به؟[١]

قيل له: ليس يمنع أن يثبت المال وإن لم يثبت نسبه الذي أقر به، أو قامت به الشّهادة.

ألا ترىٰ: أنَّ الرّجل والمرأتين إذا شهدا علىٰ رجلٍ أنّه سرق مالاً، وأنكر ذلك الرّجل المشهود عليه، كان عليه غُرْمُ المال ولا قطع عليه، وليس يخلو ثبوت السَّرِقِ الذي كان أخذ به المال أو لا، فإن ثبت فالقطع واجبٌ وإن لم يثبت، فالغرم غير واجبٍ.

وإذا كان هذا قول مخالفنا في المسألة[٢]، فكذلك يجب أن يقول في الإقرار بالنسب.

وكذلك يقول: لو أقر رجلٌ أنَّ امرأته أخته، لحرمت عليه ولم يثبت نسبها من أبيه، سواءٌ كانت معروفة النسب أو مجهولةٌ[٣]، فقد ثبت تحريمها عليه وإن لم يثبت نسبها، وإن كان التحريم متعلقاً بالنسب.

فإن قيل: لمّا كان التحريم للزوجات يكون بضروبٍ، قُبِلَ قوله في التحريم ولم يثبت نسبها[٤].

---

(١) ينظر الاعتراض في: الأم للشافعي [٧/ ٥٥٤]، الحاوي للماوردي [٨/ ٣٦٠].

(٢) المخالف المقصود هنا هو الشافعي، ينظر: الأم [٧/ ٣٨٨]، الحاوي للماوردي [١٧/ ٢١٤].

(٣) ينظر: الحاوي للماوردي [٨/ ٣٦٠].

(٤) لم أقف علىٰ من قال بهذا الاعتراض.

قيل له: وكذلك يجب المال بوجوهٍ، فوجب أن يثبت له أخذ المال بإقراره بالنسب، وإن لم يثبت النسب، وكذلك لو أقر العبد بسرقة مالٍ في يديه، يقبل قوله في القطع، ولم يقبل في دفع المال إلىٰ المسروق منه، فعُلِمَ بهذا أنَّ الشّيء يثبت وإن لم يثبت سببه.

فإن قيل: لمّا كان المُقِرُّ بالبيع لا يلزمه دفع سلعته إلىٰ المشتري، دون أن يدفع المشتري إليه الثمن إذا أنكر ذلك المشتري؛ لأنَّ البيع معاوضةٌ، فكذلك يجب أن يكون الإقرار بالنسب مثله؛ لأنّه كما لا [١/٦١/أ] يرث هو المُقَرَّ، فكذلك لا يجب أن يُورَثَ المُقَرُّ لَهُ بالنسب (١).

قيل له: ما ذكرته غلطٌ؛ من قِبَل أنَّ النسب والإقرار به لا يجري مجرىٰ المعاوضات؛ لأنَّ النسب يثبت وإن لم يكن بينهما ميراثٌ؛ ولأنه لا يُدرىٰ من يموت قبل صاحبه، فليس فيه وجوب معاوضةٍ ولا تعلُّق فيها لا محالة.

والبيع فوضعه علىٰ المعاوضة؛ لأنّه إخراج شيءٍ عن ملك البائع بإخراج شيءٍ عن ملك المشتري، لا يصح أحدهما دون الآخر؛ إذ كلّ واحدٍ منهما متعلقٌ بالآخر، فيجب قول البائع: «بعت سلعتي من زيدٍ إلىٰ أبي إسحاق» عليه ثمنها؛ لأنَّ البيع لا يكون إلّا بثمنٍ.

ولو لزمنا ما قاله في البيع، للزمه أن لا يُقْبَل قوله: «إنها أخته» في وقوع التحريم عليه إذا كانت زوجته؛ لأنَّ التحريم وثبوته متعلقٌ بثبوت الأُخُوَّةِ، فإذا لم تثبت، لم يجب أن يثبت التحريم علىٰ قوله، وإذا ثبت بذلك عنده وإن لم يثبت

---

(١) ينظر الاعتراض في: الأم [٨/ ٥٥٤].

النسـب، فكذلك يجب أن يثبت وجوب المال في الإقرار بالنسـب وإن لم يثبت النسب، ومخالفنا في هذه المسألة وهو الشافعي، فالكلام عليه.

فأمّـا أبو حنيفـة، فإنّه يقول: «إنه يدفـع إليه نصف ما في يـده»(١)، قال: لأنَّه يقـول: «أنـت أخي، تسـتحق مثلما أسـتحقه أنا»، فـلا يجب أن يفضـل عليه في الميراث.

فالجـواب: أنَّ المُقِر يقول للمُقَرِّ له: أنا إنّما يلزمني أن أعطيك ما يزيد علىٰ حقـي الـذي أرثه من أبي، وليـس عليَّ أن أدفـع إليك من حقي شـيئًا، وليس إذا منعك غيري من حقك، وجب عليَّ أن أدفع إليك من حقي شيئًا.

فهذه حُجَّةٌ صحيحةٌ للمُقِرِّ علىٰ المُقَرِّ له، فوجب لهذا أن يعطيه ثلث ما في يده.

وقد قالوا: إذا أقر بوصيَّةٍ وأنكر ذلك أخوه، أنّه يعطي ثلث ما في يده إذا كان الإقرار بثلث المال.

وأمّـا إقرار الوارث بالدَّيْنِ، فإنَّ عليه أن [١/ ٦١/ب] يعطي من مقدار الدَّين قدر ما أخذ من الميراث، علىٰ ما قاله مالك(٢)، إن كانت ابنةً فنصف الدَّين، وإن كانت زوجةً فثُمُن الدَّين أو رُبعه؛ مِنْ قِبَل أنَّ الدَّين يُقضَىٰ من جملة المال قبل الميراث، فعلـىٰ كلّ واحـدٍ أن يدفع من حصته من الميراث ما يخـص الدَّين دون ما يخصُّ غيره.

---

(١) ينظر: المبسوط [٢٨/ ١٩٠]، بدائع الصنائع [٧/ ٢٣٠].

(٢) ينظر: المدونة [٤/ ٦٧].

والحجة فيه ما ذكرنا: أنَّ الوارث المقرّ بالدَّين يقول لرب الدَّينِ: «ليس إذا جحدك غيري وظلمك ومنعك من حقِّك، جاز لك أن تمنعني من حقِّي وتظلمني»، وإذا كان كذلك، وجب عليه أن يعطيه ما يخصُّه من الدَّين، لا كلّ ما في يده، إلّا أن يكون الدَّين مثل الميراث الذي أخذه الورثة، أو يكون محيطاً به، فعليه دفع ذلك كله إلىٰ المُقَرِّ له بالدَّيْنِ؛ لأنَّ أحداً من الورثة لا يرث مع الدَّين شيئاً، وإنما يرث ما فضل عن الدَّيْنِ، والله أعلم.

فإن كان المُقِرُّ ممن تجوز شهادته، حلف المُقَرُّ له مع شهادته واستحق حقه؛ لوجوب الحكم بالشاهد واليمين علىٰ ما ذكرناه، وإن كان ممن لا تجوز شهادته ولا إقراره، لم يُحْكم بشهادته ولا إقراره؛ لأنَّ إقرار السفيه والمحجور عليه غير جائزٍ علىٰ نفسه وماله، والله أعلم.

فإن قيل: فيجب أن يَدْفَع المُقِرُّ المالَ إلىٰ المُقَرِّ له وإن كان غير[1] معروف النسب، علىٰ ما ذكرت من أنَّ المال يثبت وإن لم يثبت النسب؟

قيل له: لسنا نحفظ عن مالكٍ ولا عن أصحابه القدماء شيئاً في هذا، والذي كان يقوله شيوخنا ممن أدركنا، والذي أقوله أنا: «إنَّ عليه أن يعطيه المال، معروف النسب كان أو مجهولاً»؛ لأنَّ ذلك إنّما هو إقرارٌ بالمال من غير ثبوت نسبٍ، فلا فصل بين أن يكون المُقَرُّ له معروف النسب أو مجهولاً، ولو لزمنا ذلك، للزمه أن لا يُحَرِّمَ زوجة المُقِرِّ بأنها أخته إذا كانت معروفة النسب، وهو فيُحَرِّمُهَا بهذا [١/٦٢/أ] القول، كما يُحَرِّمُ عليه مجهولة النسب وإن لم تثبت الأخوَّة،

(١) قوله: «غير» مثبتة فوق السطر، ولعلَّ الصواب عدم إثباتها، والله أعلم.

فكذلك يثبت إقراره بالمال وإن لم يثبت نسب المُقَرِّ به، معروف النسب كان أو مجهولاً، والله أعلم.

❀❀❀

[١٤٣٦] مسألة: قال: ومن باع جاريةً حاملاً، فتبَرَّأ من حملها، فتلد عند مشتريها ويقيم الولد سنين، فإذا حضرته الوفاة ادَّعاه وقال: «هو ابني»، فإنّه يُصَدَّقُ، إلّا أن يُتَّهَم بأن لا يكون له وارثٌ وقد كان تُعْرَفُ من المستلحق ناحيةٌ[١] منه، فإن اتُّهِم فليس ذلك له، وإن لم يتهم، أُلْحِقَ به ووَرِثَهُ[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا الذي استلحقه إذا كان حَمْلُ جاريته التي ملكها أو وُلِدَ في ملكه، قُبِلَ قوله في النسب إذا احتمل ذلك ولم يُعلم كذبه؛ لأنّه مقرٌّ علىٰ نفسه بنسبٍ وذلك لازمٌ له؛ لأنَّ إقرار الإنسان مقبولٌ علىٰ نفسه، سواءٌ كان في نسبٍ أو حق غيره، إلّا أن يتعلق ذلك الإقرار بغيره فلا يلزم غيره.

فأمّا إذا لم يولد العبد في ملكه، ولا كان حَمْلاً في ملكه، لم يقبل قوله؛ لأنَّ ليس هاهنا ملك نكاحٍ ولا ملك يمينٍ فيُلْحَقُ به الولد، إلّا أن يدَّعِي وطأً بشبهةٍ في ملك غيره، فيكون صاحب الملك أولىٰ بالولد إلّا أن ينفيه، فيَلْحَق بمدَّعي الوطء بالشبهة إذا ثبتت شبهته.

وكذلك إذا ادَّعَىٰ نسب ولدٍ يُعْلَم أنَّ مثله لا يولد لمثله، لم يقبل قوله.

---

(١) قوله: «ناحية»، كذا استظهرتها، وهي مهملة، والمقصود، أن يعرف أنّه كان له ميل للمستلحق.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٥)، المدونة [٢/ ٥٤٥]، النوادر والزيادات [١٣/ ١٤١].

وكل مُتَّهَمٍ في إقراره فإقراره غير مقبولٍ، كان ذلك في نسبٍ أو مالٍ؛ لأنّه يريد بهذا الإقرار إسقاط حق غيره، وذلك غير جائزٍ.

فإن كان المشتري أعتق العبد ثمّ استلحقه البائع، لحق به؛ لأنَّ حرمة النسب أوكد من حرمة الولاء، فكان الإقرار بالنسب مقدماً على الولاء الذي قد ثبت للمشتري عليه.

ألا ترىٰ: أنَّ الميراث بالنسب لمّا كان مُقَدَّماً على الميراث بالولاء؛ لقوة أمر النسب، فكذلك يجب أن يكون ثبوت النسب مقدماً على ثبوت الولاء.

فأمّا أم الولد، فقوله مقبولٌ أيضاً [١/٦٢/ب] أَنَّهَا أم ولده، أعني: قول البائع إذا كان معها ولدٌ، وإن كان المشتري قد أعتقها؛ لأنَّ إقراره بنسب ولدها أثبت لها حرمةً ولا يجوز له بيعها، فلمّا قُبِل قوله في نسب ولدها إذا وُلِد في ملكه، فكذلك قُبِل قوله في ثبوت حرمتها التي تتعلق بحرمة الولد.

فإن لم يكن لها ولدٌ وأقر بأنها أم ولدٍ، فإن ابن القاسم قال: «لا يقبل قول البائع في ذلك إذا كان المشتري قد أعتقها، ورجع على البائع بالثمن»[1]؛ لأنّه يقر بأنه لا يجوز له أخذ ثمنها ولا بيعها.

ومما يدلُّ على قبول قول البائع أَنَّهَا أم ولده إذا كان معها ولدٌ، أنَّ حرمة النسب لها كانت أوكد من حرمة العتق بغير نسبٍ، فكذلك حرمة العتق الذي تعلَّقَ بالنسب.

ألا ترىٰ: أنَّ المريض إذا وطئ جاريةً لا يملك غيرها فحملت أَنَّهَا تصير أم

---

(١) ينظر: النوادر والزيادات [١٣/ ١٤٢].

ولدٍ، ولم يجز بيعها في دَيْنٍ ولا يرثها ورثته، ولو أعتقها بالقول، لبيعت في الدَّين، وورث ورثته ما زاد علىٰ الثلث؛ من قبل أنَّ العتق بالقول لا يتعلَّق بالنسب، والوطء إذا حدث عنه ولدٌ فقد تعلَّق حرمة الموطوءة بحرمة النسب، فصار حرمتها أقوىٰ من حرمة المعتقة بالقول دون الفعل، فلهذا قُبِلَ قول البائع بعد البيع أَنَّهَا أم ولدٍ، ولم يقبل قوله أنّه كان أعتقها بالقول، والله أعلم.

❀❀❀

[١٤٣٧] مسألة: قال: ومن تزوَّج امرأةً وشرط إن تَسَرَّىٰ عليها فامرأته طالقٌ البتَّةَ، فلمّا حضرته الوفاة، استلحق ابنًا لجاريته، فإنّه يلحق به ويرثه، وترثه المرأة(١).

✍ أمّا لحوق الولد به؛ فلأنه قد أقر علىٰ نفسه بنسب ولدٍ وُلِد علىٰ فراشه، فذلك يلزمه علىٰ ما بيَّنَّاه، ويرثه؛ لأنّه ابنه بثبوت نسبه منه.

وقوله: «ترثه المرأة التي كان حلف بطلاقها أنّه لا يتسَرَّىٰ عليها»؛ فلأنَّ الولد قد [١/٦٣/أ] يحدث من غير التسري، وهو أن يطأ أَمَةَ غيره علىٰ فراشه، أو امرأةَ غيرِهِ يجدها علىٰ فراشه، فإذا نفىٰ صاحب الفراش الولد الحادث، لحق ذلك بالواطئ بالشبهة، فورثت امراته لهذه العلة؛ لأنّه لا يُعْلم أنّه تسرَّىٰ عليها لا محالة.

ووجهٌ آخرٌ، وهو أنَّ الطلاق كأنه لزمه في حال مرضه إن كان تسرَّىٰ عليها؛

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٥)، البيان والتحصيل [٥/ ١٩٣]، البيان والتحصيل [٤/ ٢٩٢].

لأنّـه إنّمـا يلزمه الطلاق في حال إقـراره بالولد الحادث عن التسـري، وذلك في حال مرضه، والمريض إذا طلق امرأته أو أقر أنّه طلق في صحته، ورثته زوجته إذا مات في مرضه، وإن كان طلاقـًا بائنـًا.

❁❁❁

[١٤٣٨] مسـألة: قال: ومن قـال لغلامه: «هذا ابني»، والغـلام معروفٌ أنّه سِـنْدِيٌّ، والرجل فارِسِـيٌّ، هل يصير حرّاً - لِمَا استُوقِنَ من ذلك أنّه ليس بابنه ولا ولده -؟

فهو غير لاحقٍ به(١).

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ المقـر إذا عُرِف كذبه في الأغلب، لـم يقبل إقراره في نسـبٍ كان أو غيره، وكذلك إذا تُيُقِّنَ كذبه فيما أقر به، وإن كان بإقراره ملزمـًا لنفسه حقّـًا من نسبٍ أو حدٍّ أو غيره.

ألا تـرىٰ: أنّه إذا أقرَّ بنسـبِ مَـنْ هو أكبر منه أنّـه ابنه لم يُقبل إقـراره؛ لأنّه يُعلـم كذبه فـي ذلك، وكذلك إذا أقـرَّ المجبـوبُ(٢) أنّه زنا بعدما جُـبَّ، لم يقبل إقـراره؛ لأنّه يُعْلم كذبه، وكذا إذا أقرَّ بنسـب ولد جاريـةٍ في أرضٍ، يعلم أنَّ المُقِرَّ لم يدخلها، عُلِم كذبه ولـم يلزمه ما أقر به، وكذلك كلّ ما كان في هذا المعنىٰ مما يُعلم كذبه لا محالةَ.

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٩٥)، النـوادر والزيـادات [١٣/ ١٨٩]، البيان والتحصيل [١٤/ ٢٣٣].

(٢) قوله: «المجبوبُ»، هو مقطوع الذكر، وقيل: مقطوع الذكر والخصيتين، ينظر: شـرح غريب ألفاظ المدونة، ص (٨٥)، المغرب للمطرزي، ص (٧٤).

فـإن كان الأغلب أنّـه كاذبٌ في إقراره، لم يقبل منه؛ لأنّـه يريد بذلك إلزام نفسه شيئًا لا يلزمه، ولعله يُخرِج بذلك حقًا لورثته إلىٰ غيرهم.

❀❀❀

[١٤٣٩] مسألة: قال: ومن أنكر حمل أمته وزعم أنّه كان يعزل عنها، أُلحِقَ به الولد(١).

[١/٦٣/ب] ﷺ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الولد قد يكون عن العزل، فليس يَسْقُط عنه الولد للعزلِ.

ألا ترىٰ: إلىٰ ما رواه أبو سعيدٍ الخدري، عن النبيِّ ﷺ أنّه قال حيث سألوه عن العزل: «**لا عَلَيْكُمْ أَنْ لا تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ مَا مِنْ نَسَمَةٍ قَدَّرَ الله عَزَّ وَجَلَّ أَنْ تَكُونَ إِلَّا كَانَـتْ**»(٢)، وقد قـال عمر بن الخطاب: «**لا تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ قَدْ أَقَرَّ سَـيِّدُهَا أَنَّهُ قد أَلَمَّ بِهَا إِلَّا أَلْزَمْتُهُ الوَلَدَ**»(٣).

ولَمَّا كان الـوطء بملك اليمين بمنزلة الوطء في النكاح، ثمّ كان الولد يلزم بعقد النكاح مع إمكان الوطء إذا وُلِدَ لمدةٍ يجوز أن يكون للزوج، فكذلك يجب أن يلزم الواطئ بملك اليمين الولد إذا وطئ وأتت به لمثل ما تلد له النساء.

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٦)، المختصر الصغير، ص (٦٥٧)، المدونة [٢/ ٣٨٦]، النوادر والزيادات [٥/ ٣٣٤]، البيان والتحصيل [٤/ ١١٧].

(٢) أخرجه مالك [٤/ ٨٥٧]، وهو في الصحيحين: البخاري (٤١٣٨)، مسلم [٤/ ١٥٨]، وهو في التحفة [٣/ ٣٧٨].

(٣) أخرجه مالك [٤/ ١٠٧٥]، وعبد الرزاق [٧/ ١٣٢].

ألا ترىٰ: أنَّ الأمة تحرم علىٰ أبي الواطئ وابنه إذا وطئ بملك يمينٍ أو شبهة ملكٍ، كما تحرم امرأة الابن علىٰ أبيه وابنه بعقد النكاح إذا كان صحيحًا.

فلمّا كان الوطء في ملك اليمين بمنزلة العقد في النكاح، ثمّ لحق الولد بعقد النكاح مع إمكان الوطء علىٰ ما ذكرنا، وجب أن يلحق بالوطء بملك اليمين وإن لم يُقِرَّ به الواطئ، كما يلزم الولد الواطئ بعقد النكاح وإن لم يقر بالوطء.

وأصل هذا، هو أنَّ الولد للفراش، كما قال رسول الله ﷺ: **«الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ»**(١)، فلمّا كانت الأمة تصير فراشًا للواطئ إذا كانت ملكًا له، لزمه الولد الحادث عن هذا الفراش وإن لم يقر به، كما يلزمه ذلك في عقد النكاح وإن لم يقر به، والله أعلم.

❀❀❀

[١٤٤٠] مسألة: قال: ومن تبرَّأ من حمل أم ولده وزعم أنّه قد استبرأها، فذلك له، ولا لعان عليه ولا يمين(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ اللعان إنّما يكون في الزوجات في نفي ولدهن إذا وُلِد علىٰ فراش الواطئ - وهو الزوج - دون ملك اليمين؛ لأنَّ حرمة الوطء بعقد النكاح أوكد من حرمته بملك اليمين، وكذلك حرمة الولد الحادث بعقد النكاح

(١) متفق عليه: البخاري (٢٠٥٣)، مسلم [٤/ ١٧١]، وهو في التحفة [١٢/ ٨٠].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٦)، المدونة [٢/ ٢٠]، النوادر والزيادات [٣/ ١٢٣ و ٥/ ٣٥٠].

[١/٦٤/أ] هي أوكد من حرمة الولد الحادث بملك اليمين، لذلك لم يكن اللعان في الولد الحادث بملك اليمين.

وقوله: «لا يمين عليه إذا قال: إنه ليس مني وقد استبرأها»؛ فلأنه لمّا كان قوله مقبولاً إذا قال: «قد استبرأتها»، ثمّ باعها، فكذلك قُبِل قوله: «إنه قد استبرأها، وأنَّ الولد ليس منه»؛ لأنّه مؤتمنٌ علىٰ ذلك، وله أن يسقطه من غير لعانٍ أو يمينٍ، وهذا قول مالك رحمه الله، حكاه ابن القاسم وغيره عنه[١].

قال[٢] عبد الملك: إنه يحلف يميناً واحداً أنّه قد استبرأها؛ لأنّه مؤتمن علىٰ ما يقوله، والقول قول المؤتمن مع يمينه فيما يدعيه، وقول مالكٍ أقيس؛ لِمَا ذكرناه.

❀❀❀

[١٤٤١] مسألة: قال: ومن ادَّعىٰ عبداً أعجمياً قدم به من الديلم[٣]، فقال الرجل: «إنَّه ولدي»:

⇦ فإن كانت أرضاً قد دخلها وكان بها، لَحِقَ به.

⇦ وإن لم يكن دخلها ولا كان بها، لم يلحق به.

---

(١) ينظر: المدونة [٢/ ٢٠]، النوادر والزيادات [٥/ ٣٥٠].

(٢) قوله: «قال»، كذا في شب، ولعلها: «وقال».

(٣) قوله: «الديلم»، هي بلاد واسعة، ذات ألسنٍ وصورٍ مختلفةٍ، تنسب جميعها إلىٰ بلاد الديلم، يحيط بها من شرقيها بلاد خراسان؛ ومن جنوبيها مدن الجبال؛ ومن غربها أذربيجان؛ ومن شماليها بحر الخزر، ينظر: حدود العالم من المشرق إلىٰ المغرب، ص (١٥٣).

فإن ألحقه به فأنكره عند موته وساعده المُدَّعَىٰ عليه، فليس ذلك لهما، ويلحق به(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا قلنا: إنَّ كلّ من ادَّعَىٰ ولداً يُعلم كذبه لا محالة، وهو أن يكون أكبر من المُدَّعِي، أو يكون كاذباً في الأغلب، لم تُقبل دعواه، ولم يلزمه نسب المُقَرِّ به، من ذلك أن يُقِرَّ بنسب غلامٍ قدِم به من أرضٍ لم يدخلها المُقِرُّ، يُعلم ذلك لا محالة، فهذا في الأغلب أنّه كاذبٌ، وإذا كان كذلك، لم يكن يلزمه الإقرار.

فأمّا إذا كان يشبه أن يكون كما قال، ولم يعلم كذبه لا محالة أو في الاغلب، قبل إقراره وثبت نسب المقر به، ثمّ لم يُقبل قوله بعد ذلك في إسقاطه.

وكذلك لو صدَّقه علىٰ ذلك المُقَرُّ به؛ من قِبَل أنَّ النسب إذا ثبت تعلَّقَ به حقٌّ لله عَزَّ وَجَلَّ، فلا يجوز أن يُتَّفَقَ فيه علىٰ رفعه؛ لأنَّ في ذلك إسقاط حقٍّ قد وجب لله تعالىٰ.

❀❀❀

[١٤٤٢] مسألة: قال: وإذا باع الرّجل جاريةً حاملاً فتلد، ثمّ ادَّعىٰ الوَلَدَ وزعم أنّه منه:

- **فإن كان موسراً، رُدَّ عليه.**
- **وإن كان لا شيء له، فلا أرىٰ ذلك**(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٦)، المدونة [٢/ ٥٤٣].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٦)، المدونة [٢/ ٥٣١ و ٥٤٥].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنّه إذا كان مُعسـراً فإنّه يريد إبطـال حق غيره بغير بدلٍ يعطيه، فلا يقبل قوله.

فأمّا إذا كان موسراً قُبِل قوله؛ لأنّه يُخْرِجُ ملك المشتري من يده ببدلٍ يعطيه [١/٦٤/ب] إياه، فلا ضرر عليه في ذلك.

وأحسـب أنَّ مالكـًا قد قال: «إنَّ قوله في الولد يقبل وإن كان معسـراً، وأنَّ النسب يلحق به، ويتبعه البائع بثمن الولد دَينـًا في ذمَّته»[١].

ووجه هذا القول ما ذكرناه من وكود حرمة النسـب، فقبل قوله موسـراً كان أو معسراً.

❀❀❀

[١٤٤٣] مسألة: قال: ومن طلب منه ذو قرابةٍ له مسكنـًا ليسكنه، فقال: «هو لامرأتـي»، ثمّ طلبـه آخر، فقال مثل ذلك، ثمّ قامت المرأة عليـه، فقال: «إنّما قلته تنجِّيًا منهما»، فذلك له ولا شيء لها علىٰ هذا الوجه.

وقد يَطْلُبُ السـلطانُ العبـدَ أو الأمةَ من الرجل، فيقول: «هـو مُدَبَّرٌ»، «وقد ولـدت الأمة مني»؛ مخافة أن يأخـذ ذلك منه، فليس عليه شـيءٌ، وليس مثل هذا شهادة[٢].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ إقراره لغيره علىٰ هـذا الوجه؛ انما هو ليدفع الظلم

(١) ينظر: المدونة [٢/ ٥٣١ و ٥٤٥].

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٩٦)، النـوادر والزيـادات [١١/ ٥٨٦]، البيان والتحصيل [١٤/ ١٤٢].

عن نفسه ممن يريده، لا أنّه أراد بذلك الإقرار له، وهو بمنزلة إقرار المضطر، أنَّ ذلك غير لازمٍ له؛ لأنّه لم يكن منه علىٰ وجه الاختيار بما يُعرف من حاله، فكذلك هذا المقرُّ لغيره إذا أراد إزالة ظلمٍ أو منع من يطلب ذلك منه، ممن يثقل عليه ردُّه.

❀❀❀

[١٤٤٤] مسألة: قال: ومن أقرَّ لامرأته بدَينٍ، فعليه المخرج بالبيِّنة(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الإقرار بالدَّين متعلقٌ بالذمَّة.

⇦ وكلّ شيء تعلق بالذمَّة، ثمّ ادَّعىٰ خروجه منه فإنَّ قوله غير مقبولٍ، إلّا أن يقيم بينةً علىٰ ذلك.

⇦ وكلّ من أقر بشيءٍ في يده علىٰ وجه الأمانة، ثمّ ذكر الخروج منه، فالقول قوله مع يمينه، إذا ذكر أنّه قد رده علىٰ صاحبه، أو ضاع ذلك منه، وقد بيَّناه فيما تقدَّم.

❀❀❀

[١٤٤٥] مسألة: قال: ومن قبض لها زوجها شيئًا بوكالةٍ، أو باع لها أو اشترىٰ لها، فالقول قوله في ذلك مع يمينه إذا ادَّعىٰ أنّه دفعه إليها(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٦)، منتخب الأحكام [١/ ١٧٩]، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٨٣].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٦)، النوادر والزيادات [٧/ ٢٢٨]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٥٥].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: وهو أنَّ هذه الاشياء أمانةٌ في يده لا في ذمَّته، فالقول قوله مع يمينه في دفع ذلك إلىٰ امرأته.

❀❀❀

[١٤٤٦] مسألة: قال: ومن أتىٰ إلىٰ رجلٍ فقال: «إنَّ أباك أسلفني مئة دينارٍ، [١/٦٥/أ] وَبَقِيَتْ لَهُ عشرةٌ»، وقد هلك الأب:

⇦ فإن كان ذلك قد طال، فهو مُصدَّقٌ.

⇦ وإن كان حديثًا، فعليه البينة.

وقد قيل: إنه يغرم ذلك كله، إلّا أن يأتي بالبينة، وهو أحب إلينا[١].

✍ وجه قوله: «إنَّ قوله يقبل فيما ذكر من دفع ذلك»؛ فلأنه لم يقصد الإقرار بالمئة، وإنما ذكر ذلك علىٰ وجه الحمد لمن فعل ذلك به، ولم يحصل إقراره بغير العشرة.

ووجه القول الآخر؛ فلأنه قد أقَرَّ بالمئة وادَّعىٰ الخروج من تسعين، فلا يقبل قوله بغير بينةٍ؛ لأنَّ كلّ من أقر بشيءٍ في ذمّته، ثمّ ادعىٰ الخروج منه، لم يقبل قوله بغير بينةٍ.

❀❀❀

[١٤٤٧] مسألة: قال: ومن أقرَّ لرجلٍ بمالٍ عليه، وقال: «دفعته إليه»، لزمه المخرج منه بالبينة.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٦).

وإنما يُقبل ما ذَكَر: عَلَيْهِ وَلَهُ، في الحساب والشركة[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ من أقرَّ بشـيءٍ في ذمَّته، ثمّ ادَّعىٰ الخروج منـه، لم يقبل ذلك منه بغير بينةٍ، وإذا أقرَّ بشـيءٍ هو في أمانته دون ذمَّته، قُبِل قوله إذا قال: دفعته إلىٰ من ائتمنه، وذلك كمال الوديعة والشركة وأشباه ذلك.

۞۞۞

[١٤٤٨] مسألة: قال: ومن أقر لرجلٍ برهنٍ، وأنكر الرّجل وقال: «وديعةٌ أو عاريةٌ»، فذلك له، وعليه اليمين[(٢)].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ الذي في يده الشّـيء قد أقَـرَّ لصاحبه بملكه وادَّعىٰ فيه حقّـًا، وهو قوله: «إنه رهنٌ»، فلا يقبل قوله علىٰ ربّ الشّيء بغير بينةٍ، والقول قول صاحبه أنّه وديعةٌ أو عاريةٌ مع يمينه؛ لأنّه منكرٌ لِمَا ادَّعاه الآخر أنّه رهنٌ.

۞۞۞

[١٤٤٩] مسـألة: قال: ومن ذكر رجلاً حيـًا أو ميتـًا فقال: «جزاه الله خيراً ما أقرب معروفه، لقد جئته مرَّةً فأسلفني كذا وكذا»، فطلب ذَلِكَ الرَّجُلُ أَو وَرَثَتُهُ، فليس ذلك لهم إذا كان علىٰ هذا الوجه ولم يذكره عند تقاضي أحدٍ له ولا دعواه[(٣)].

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٩٧)، النـوادر والزيـادات [٩/ ٢٢٨]، البيـان والتحصيل [١٠/ ٤٧٩].

(٢) المختصـر الكبير، ص (٢٩٧)، النوادر والزيـادات [١٠/ ٢٣٦]، الجامع لابن يونس [١٢/ ٦١١].

(٣) المختصـر الكبيـر، ص (٢٩٧)، النـوادر والزيـادات [٩/ ١٩٠]، البيـان والتحصيل [١٠/ ٤٣٧].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ هذا لـم يقصد بقوله الإقرار، وإنما قصد الشـكر والدعـاء، فلم يلزمه حكم الإقـرار، [١/٦٥/ب] إلّا أن يكون ذلك عند تقاضٍ ومطالبةٍ، فيلزمه إذا ذكر ذلك عند المطالبة؛ لأنَّ ذلك علىٰ وجه الإقرار منه.

❁❁❁

[١٤٥٠] مسـألة: قـال: ومن اعترف لرجلٍ بمتـاعٍ لَهُ رَهَنَـهُ ولا بَيِّنَةَ له، فإنَّ الورثة يحلفون: «ما نعلمه رهنك هذا المتاع، ولا نعلم لك عليه ما ادَّعيت»(١).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ الذي في يده المتـاع قد أقرَّ بأنَّ ملكه لغيره، وادَّعىٰ أنّه رَهْنٌ عنده، فلا يقبل قوله بغير بينةٍ.

وعلـىٰ مالك الشّـيء أن يحلف ما هُـوَ رَهْنٌ عنـده إن كان باقيـًا، أو يحلف ورثتـه إن كان قد مـات أنهم لا يعلمون أنَّـه رَهنٌ؛ لأنّه مُدَّعٍ للرهـن، فعليه البينة، والمُدَّعىٰ عليه منكرٌ، فعليه اليمين.

❁❁❁

[١٤٥١] مسـألة: قال: ومن طُلِب منه منزلٌ بكـراءٍ، فقال: «هو لابنتي حتىٰ أستشيرها»، ثمّ مات الأب وطلبت الابنة المنزل بهذه الشّهادة، فلا ينفعها ذلك إلّا أن تكون حازت، أو يَكُونَ لها علىٰ هبته أو صدَقَتِه شهودٌ.

وكذلك لو كانت البنت صغيرةً فلا حق لها في ذلك(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٣٥].

(٢) المختصـر الكبير، ص (٢٩٧)، النوادر والزيـادات [٩/ ١٩٢ و ١٢/ ٢٣٨]، منتخب الأحكام [١/ ١٨٩]، البيان والتحصيل [١٣/ ٣٩٣].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ هذا القول منه ليس علىٰ وجه الإقرار منه لابنتـه، وإنمـا أراد به إزالة ظلمٍ أو رَدٍّ من يثقل أمـره عليه، هذا معروفٌ من النّاس أنهـم يفعلونـه، وذلك يكون منهـم لا علىٰ وجه التمليك والإقـرار لأولادهم، أو لمن ذَكَروا ذلك وأضافوه إليه، فجرىٰ هذا مجرىٰ إقرار المُكْرَه أنَّ ذلك غير لازمٍ له؛ لأنّه لم يقصده.

وسـواءٌ كان ولـده صغيراً أو كبيـراً، إذ لم يجز ذلك في حياتـه، أعني: حياة الأب؛ لأنَّ ذلك كان قولاً لا حقيقة له، والله أعلم.

۞۞۞

[١٤٥٢] مسـألة: قال: ومن اعترفَ لامرأته بدَينٍ في مرضه، ثمّ صحَّ فادَّعىٰ التوليج، فليس ذلك له(١).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ إقراره بالدَّين قد لزمه وتعلَّق بذمَّته، فلا يقبل منه أنَّ ذلك كان غير صحيحٍ؛ لأنّه يريد بذلك إسقاط ما قد [١/٦٦أ] لزمه وتعلَّق بذمَّته من الإقرار.

۞۞۞

[١٤٥٣] مسـألة: قـال: ومن اعترَفَ دابَّـةً بيد رجلٍ، وقـال: «بيِّنَتي غُيَّب»،

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٩٧)، النـوادر والزيـادات [١١/ ٥٨٣]، البيان والتحصيل [١٠/ ٤١٠].

وأنكـر ذلك ربُّ الدابـة، ويقول الطالب: «أنا أضع[1] قيمتهـا وأخرج بها»، فليس ذلك له، إلّا أن يأتي بشبهة شاهدٍ يشهد أنْ قد سُرِقَتْ له دابةٌ[2].

✍ إنّمـا قـال: «إنه يأخذ الدابة إذا أتىٰ بشـبهةٍ من بيِّنـةٍ - وإن كانت غير قاطعـةٍ - أنَّ دابتـه سُـرِقَت بعد أن يضـع قيمتها»، فلجواز أن يكـون الأمر كما قال، ويشـهد الشـهود الذين له في البلد الذي يذكر أَنَّهَا سُـرِقت منه علىٰ عين الدابـة، ليصـل إلىٰ حقه، ويكـون الذي أخذها من يده أيضـًا لا ضرر عليه في ذلك؛ لأنّه قد أخـذ بدلها وهي القيمة.

وقـد قـال مالـك: «إنَّ له أن يأخذهـا بعد أن يضـع القيمة، وإن لـم تكن له شهادة»[3].

وقال عبد الملك: «ليس له أخذها إلّا بعد أن يقيم الشّـهادة عند الحاكم أنَّ دابَّةً سُـرِقت منه، صفتها كذا وكـذا، للدابة التي اعترفها، ثمّ يُخْـرِجُ القيمةَ ويَدْفَعُ إليه ليذهب بها إلىٰ شـهوده فيشـهدوا علىٰ عينها إن كانت هـي، وَإِلّا ردَّها وأخذ القيمة»[4].

وهذا القول كأنه أشبه؛ من قِبَل أنّه لو سُوِّغَ للمدَّعِي أَخْذَهَا من غير بينةٍ تقوم

---

(١) قوله: «أضع»، كذا في شب، وفي المطبوع: «أدفع».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٧).

(٣) لم أقف عليه، وتنظر المسألة في: المدونة [٤/ ٤٦٣]، النوادر والزيادات [٨/ ١٨٥].

(٤) لم أقف عليه.

لـه علىٰ صفة الدابة؛ لأضر ذلـك بالناس، ولادَّعىٰ من ليس بمأمـونٍ ذلك وأَخَذَ أموالهم بغير بينةٍ تقوم له علىٰ دعواه، ولدخل عليهم في ذلك ضررٌ.

❀❀❀

[١٤٥٤] مسألة: قال: ولو اعترف رجلٌ دابَّةً وقامت له بينةٌ، فقال: «اشتريت منـك» أو «وَهَبْتَ لي»، فينكر ويقول: «أنا أذهب بها حتىٰ أقيم البينة»، فليس ذلك له، ويحلف بالله: «ما باع ولا وهب»، ويأخذ دابته(١).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ المعترف قد اسـتحق الدابـة ووجبت له بالبينة التي شـهدت له، وليس يقبل قول من هي في يده: «أنّه اشـتراها أو وهبت له»، دون أن يقيـم بينةً علىٰ ذلـك، وَإِلّا [١/٦٦/ب] حلف صاحبها أنّه ما باعهـا له ولا وهبها منه؛ لأنَّ البيّنة علىٰ المدَّعي واليمين علىٰ المنكِر، كما قال رسول الله ﷺ.

❀❀❀

[١٤٥٥] مسألة: قال: وإذا ادَّعَت الجارية الحرية وشُهودها غُيَّبٌ - بموضعٍ تذكره-:

⇦ فإن جاءت بشـهودٍ أو شـهادةٍ غير قاطعةٍ، أُقِرَّتْ - عند سـيدها إن كان مأمونـًا، ويُمنع من وطئها، وإن لم يكن مأمونـًا، عُزِلت إلىٰ امرأةٍ، - وضُرِب لها أجل شهرٍ أو شهرين، وأُخِذَ عليها حميلٌ.

والعبد أيضـًا يؤخذ عليه حميلٌ ويؤجل لطلب بينته كما قُلت لك.

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٢٩٧)، المدونة [٤/ ٤٦٣]، النـوادر والزيادات [٨/ ١٨٦]، منتخب الأحكام [٢/ ٢١٩].

⇦ وإن لم تكن له(١) شهادةٌ ولا بظاهرٍ، لم يُؤَجَّلا ولم يُؤخذ منهما حميلٌ، فإن أتيا بشيءٍ قُبِلَ منهما.

وإن قالا: «لا نجد حميلاً» وجاء(٢) ببينةٍ كما قلت، فإنّه يُمَكَّنُ من الخروج فيأتي بشهداء، وإن لم يأت بذلك، طرح لسيده في السجن، ويُوَكَّلُ من يقوم له فيما يدعي، ولا يخلىٰ فيهرب.

فإن خرج فلم يأت ببينةٍ وانقضىٰ أجله وأجلٌ بعده ولم يأت بشيءٍ، وهو علىٰ دعواه بعد في شهدائه، فإنّه إذا أعذر إليهما في الأجل قُضِيَ عليه، وكذلك الرّجل يدّعي البيّنة فتضرب له الآجال.

وذلك يختلف من الرّجل الصالح، فذلك يزاد، والمُلِدُّ الظلوم، فذلك يقضىٰ عليه(٣)(٤).

✍ إنّما قال: «إنَّ الجارية والعبد يمُكَّنان من إقامة البيّنة إذا ادَّعيا الحرية وأتيا بشبهةٍ علىٰ دعواهما من شهادةٍ غير قاطعةٍ أو سماعٍ ممن يذكر ذلك»؛ فلجواز أن يكون الأمر علىٰ ما قالا، ولتأكيد سبب الحرية، فأوجب أن يمكنا

---

(١) قوله: «له»، كذا في شب، ولعلها: «لهما»، كما يدل عليه السياق.

(٢) قوله: «وجاء»، كذا في شب.

(٣) من قوله: «وإن لم يكن مأموناً، عُزِلت إلىٰ امرأةٍ»، إلىٰ هذا الموضع، ساقط من المطبوع.

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٩٨)، النوادر والزيادات [٨/ ١٨٣]، البيان والتحصيل [٩/ ٢٦٩].

مـن ذلك؛ لأنَّ فـي ذلك ثبوت حقٍّ الله عَزَّ وَجَلَّ مـن الحرية، وثبوت حقهما في أنفسهما وتصرُّفِهما فيها بالحرية.

فإذا كان كذلك مُكِّنَا من إقامة الشّهادة وطلبها، وضُرِب لهما في ذلك أجلٌ علىٰ حسب ما يراه الحاكم من ذلك، وعلىٰ حسب ما يُعرَفُ من صدق قولهما.

فإن لم تكن لهما شبهةٌ من شهادةٍ ولا سماعٍ، لم يُمَكَّنا من ذلك، وكانا علىٰ أصل الرقِّ.

وكذلك إذا ادَّعَيا أنَّ سـيدهما أعتقهما وكانت لهما شـبهةٌ من شـهادةٍ، وإن لم تكن قاطعةً، [١/٦٧/أ] استحلف سيدهما أنّه لم يعتقهما، وإن لم يكن لهما ذلك، لم يُسـتحلف؛ لأنّه لو استُحْلِفَ مع دعواهما بغير شبهةٍ لأضر ذلك بسادة العبيد، ولَمَا شاء عبدٌ أن يدَّعي ذلك إلّا فعل.

وكذلك المرأة إذا ادَّعت علىٰ زوجها الطلاق، لم يسـتحلف بقولها، إلّا أن تكون لها شبهةٌ من بيِّنَةٍ، وقد بيَّنا ذلك فيما تقدَّم[١].

ومتىٰ ظهر للحاكم أنهما غير مُحِقَّيْنِ فيما ادَّعَيا من شـهادةٍ أو عتقٍ، منعهما مـن ذلك وحبسـهما، أو أدَّبَهمـا؛ ليرتدعا عن ذلـك، ويلْزَما خدمة سـيدهما وما يلزمهما من أحكام الرقِّ؛ لأنهما قد فعلا ما يضرُّ بسيدهما، فوجب منعهما منه.



[١٤٥٦] مسألة: قال: وإذا ادَّعت الجارية الحرية ونسبت بلادها وقبيلتها:

---

(١) تنظر: المسألة رقم ٨٧٦.

⇦ فـإن كان ما ادَّعت شـيئًا له وجـهٌ، كَتَبَ الوالي بأمرها حتىٰ يسـتبرئ[١] ذلك، والنفقة والمؤنة في ذلك علىٰ المشتري، ولا تُرد علىٰ البائع بقولها.

فـإن تبيَّن صـدق ما قالـت، رُدَّتْ علـىٰ البائع، ولـم يلزمه شـيءٌ مما أنفق المشتري.

⇦ وإن سـمَّت بلداً بعيداً ولم تنسـب نسـبًا يُعْرَف إلّا أمـر ملتَبِس، بطلت دعواها.

وإن نزعت عن قولها، بطلت دعواها إلّا أن تخاف.

قال: وقال ابن القاسـم: ويَرْجِع السـيد عليها إذا خرجت حـرَّةً بالنفقة التي أنفق عليها باستبانة أمرها[٢].

✍ إنّمـا قـال: «إن الوالـي يكتب بأمرها حتىٰ يسـتبرئ ذلـك»؛ فلجواز أن تكـون حرةً كما قالت، ولهـا علىٰ ذلك بينةٌ، وليس يجـوز منعها من تثبيت ذلك؛ لأنّه في ثبوته حقّـًا لله عَزَّ وَجَلَّ، وحقـًا لها، كما ذكرنا.

وقوله: «إنَّ النفقة والمؤنة علىٰ المشـتري»؛ فلأنها مُلْكُهُ حتىٰ ينكشـف غير ذلك، وما أنفق علىٰ ملكه لم يرجع به علىٰ غيره وهو البائع.

وكذلـك إذا انكشـف أَنَّهَا حـرَّةٌ، رجع علـىٰ البائع بالثمن ولـم يرجع عليه بالنفقة؛ لأنّه أنفق علىٰ أَنَّهَا ملكه.

---

(١) قوله: «يستبرئ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «يستبين».

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٢٩٨)، منتخـب الأحـكام [١/ ١٥٨]، النـوادر والزيـادات [٨/ ١٨٣]، البيان والتحصيل [١١/ ١٤٠].



[١/٦٧/ب] وإن ذكرت بلداً بعيداً ونسباً لا يعرف، لم يُقبل منها؛ لأنّها تريد الإضرار بسيدها وإسقاط حكم الرق والخدمة عنها بما تذكره.

وقول ابن القاسم: «إنَّ عليها النفقة إذا خرجت حرةً»؛ فلأنَّ الذي أنفق عليها قد فعل ما عليها أن تفعل من نفقتها علىٰ نفسها، فعليها رَدُّ ذلك إليه.

ويشبه أن يكون لا نفقة عليه لها؛ لأنّه إنّما أنفق علىٰ أَنَّهَا ملكه، ولم ينفق ليرجع عليها، والله أعلم.

❀❀❀

[١٤٥٧] مسألة: قال: ومن دفع إلىٰ رجلٍ ذهباً في خرقةٍ بحضرة شهودٍ، فقال: «هذه مثل الذي تسألني»، وقبضها، ثمّ ادَّعىٰ بعد ذلك أن لم يجد فيها إلّا خمسين، أو وجدها نحاساً، فلا قول له، ولكن يحلف الذي دفعها: «لقد كانت كما حدثتك»، ويبرأ[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المدفوع اليه قد صَدَّقَ الدافع علىٰ ما قاله وقَبِلَ قوله، فلزمه ذلك، وليس له بعد ذلك أن يقول: «إنها علىٰ خلاف ما قلته لي»، إلّا أن يقيم بيِّنَةً علىٰ ذلك، وهو أن يفتحها قبل أن يقوم من موضعه بحضرة الشهود، فيجدها علىٰ خلاف ما ذكر.

❀❀❀

[١٤٥٨] مسألة: قال: وإن قال له: «اذْهَبْ فإن أنكرت شيئاً أبدلت لك»،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٨)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٥٤)، الأحكام لابن حبيب، ص (١٥٢).

فالقـول قول الـذي دُفِعَت إليه مـع يَمِينِهِ، ويَمِينُـهُ أن يحلف بالله: «مـا أعطاه إلّا جياداً[١] في علمي».

وقد قال: إنه يحلف بالله: «ما أعطاه إلّا جيداً»، والأول أعجب إلينا[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الدافع في هذا قد ائتمن المدفوع إليه علىٰ ما يقوله من الجودة والعدد، فالقول قوله مع يمينه: «إنه ما أعطاه إلّا جياداً، [و]ما[٣] ردَّه هو من دراهم الدافع التي يدفعها إليه»[٤].

وقوله: «ويمينه: أن يحلف بالله عَزَّ وَجَلَّ ما أعطاه إلّا جياداً»، يرجع إلىٰ المسألة الأولىٰ[٥]؛ لأنَّ المدفوع إليه بتصديقه الدافع قد ائتمنه علىٰ ذلك، فكان القول قول الدافع مع يمينه.

وفي هذه المسألة، القول قول المدفوع إليه مع يمينه؛ لأنّه بقول الدافع له: «اذهب فإن أنْكَرْتَ شيئاً أبدلت ذلك» فقد ائتمنه.

[١/٦٨/أ] ويحلف في المسألة الأولىٰ في إحدىٰ الروايتين، وفي الرواية الأخرىٰ علىٰ العلم، وفي المسألة الثانية علىٰ البت[٦] فقط.

---

(١) يعني: ليست مزيفة، ينظر: فتاوىٰ ابن سحنون، ص (٦٤).

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٩٨)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٥٤).

(٣) ما بين [ ] مطموس، والسياق يقتضيه.

(٤) ما بين « »، مثبت من الحاشية.

(٥) يعني: المسألة المتقدِّمة قبل هذه المسألة.

(٦) قوله: «البت»، يعني: القطع، ينظر: طلبة الطلبة، ص (٥٠)، المغرب للمطرزي، ص (٣٣).

والقيـاس أن يحلف علىٰ البـت لا العلم؛ لأنّه يعلم أَنَّهَا جيادٌ حقيقيةً أم غير جيادٍ.

ووجـه قوله: «إنه يحلف علىٰ العلم أَنَّهَا جيادٌ»؛ فلأنَّ النقد أصله الاجتهاد، وقد يجوز الغلط فيه، فليس عليه أن يحلف علىٰ القطع أَنَّهَا جيادٌ.

❀❀❀

[١٤٥٩] مسـألة: قال: ومن استسـلف رجلاً ديناراً، فقال المستسلف: «ما أسـلفتني إلّا ديناراً لا يسـوىٰ درهمـًا»، فإنَّ صاحب الدينار الذي أسـلفه يحلف: «لقد أعطيتك ديناراً جيِّداً»، ثمّ يأخذ منه[1].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المستسـلف قد أقرَّ أنَّ عليه ديناراً للمُسـلِف وادَّعىٰ أنّـه غير جيدٍ، فلا يقبل ذلك منه إلّا ببينـةٍ، وَإِلّا حلف الآخر: «أنّه ما أقرضه ديناراً جيداً» ثمّ يأخذ منه.

❀❀❀

[١٤٦٠] مسألة: قال: وإذا فارق الرّجل امرأته واختلفا في متاع البيت:

⇦ فما كان من متاع النساء، فهو لها.

⇦ وما كان من متاع الرجال، فهو للرجل.

⇦ ومـا كان ممـا يصلح لهما جميعـًا: حلف علىٰ ذلـك وكان له، فإن نكل أحلفت المرأة.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٨)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٥٤).

⇦ **وما كان من متاع النساء فأتىٰ عليه بالبينة، فإنّه يحلف مع البينة: «أنَّه ما أعطَتْهُ ثمن ذلك المتاع يشتريه لها»، فإن حلف، كان ذلك له.**

وإن ادَّعىٰ ذلك أهل المرأة بعد موتها مما يكون من متاع النساء، فإنهم يحلفون: «ما علمنا ذلك»، ثمّ يكون لهم.

وما أحدثت(١) في بيت زوجها، مثل النسج للثياب - كما تفعل المرأة في بيت زوجها، فيعطيها الصوف فتغزله وتنسجه -، ثمّ تموت فيدّعيانه، فهما فيه شريكان، يكون لها فيه عملها، ويكون له ثمنه.

والطست والتور(٢) من متاع المرأة، وفرش البيت لها(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ يد الرّجل والمرأة لمّا كانا متساويان في حوزهما متاع البيت وقبضهما له، ثمّ ادَّعىٰ كلّ واحدٍ منهما أنَّ ذلك له، وجب أن يُحْكَم به لأقواهما سببًا مع يمينه، [١/٦٨/ب] وذلك بأن يدَّعي كلّ واحدٍ منهما المتاع الذي يشبه أن يكون له؛ لأنَّ سببه أقوىٰ فيما يدعيه من سبب صاحبه؛ لأنَّ في الأغلب أنَّ ثياب النساء إنّما تلبسها النساء، وكذلك ما يصلح لهن من المتاع، وكذلك ثياب الرجال في الأغلب هي للرجل؛ لأنّه لبسُهُ، وكذلك ما يستعمله.

---

(١) قوله: «أحدثت»، كذا في شب، وفي المطبوع: «أخذت».

(٢) قوله: «والتور»، هو إناء صغير، يشرب فيه ويتوضأ، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٦٣).

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٩٨)، وقد نقل ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٤/ ٦١٦، ٦١٨]، وينظر: المدونة [٢/ ١٨٧]، منتخب الأحكام [١/ ١٦٨].

فلهذه العلَّة وجب تغليب قول مُدَّعي الأشبه مع يمينه إذا استويا جميعًا في اليد.

وليس يشبه هذا ما قال مخالفنا من دعوىٰ العَطَّارِ العِطْرَ، والدَّبَّاغِ الجلود[1]، أنّه يُحكم بذلك للأشبه منهما فيما يدعيه إذا كان المتاع لأشبه المتداعيين؛ من قِبَلِ أنَّ يد المتداعيين هاهنا ليست واحدةً فيما يدعيانه، وإنما هو في يد أحدهما، فاليد أقوىٰ من دعوىٰ الأشبه منهما، وفي الزوجين فليس أحدهما أولىٰ باليد من الآخر؛ لأنَّ أيديهما جميعًا في متاع البيت واحدةٌ.

ومثال هذا، أن تكون يد العطار والدباغ واحدةً فيما يتنازعاه، فيجوز أن يُحكم لمدعي الأشبه منهما، وكذلك إن كان الشّيء في يد غيرهما لا يدَّعيه لنفسه، حُكِم للأشبه بالدعوىٰ منهما؛ لأنَّ في الأصول: الحكم لمُدَّعِي الأشبه مع يمينه.

ألا ترىٰ: أنا نحكم في النقد إذا اختُلِفَ فيه لمدَّعي الأشبه بِعُرْفِ النّاس في البلد الذي هما فيه، وكذلك إذا اختلفا في الحمولة والسير وأشباه ذلك، فإنّه يُرْجع في ذلك إلىٰ مُدَّعِي الأشبه بما يعرفه النّاس في البلد الذي هما فيه، فيُحكم له مع يمينه.

وقد رُوِيَ حديثٌ، رواه حذيفة، عن النبيِّ ﷺ: «**أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ**

---

(١) المخالف المقصود هنا الشافعية، ينظر: الأم للشافعي [٦/ ٢٥٠]، الحاوي للماوردي [٢١/ ٤٤٤].

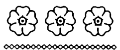
فِي خُصٍّ تَنَازَعَاهُ، فَحَكَمَ لِصَاحِبِ القِمْطِ»(١) يعني: الشد؛ لأنَّ الأغلب من عرف النّاس أنَّ وجه الخُصِّ يكون إلىٰ الذي هو له.

وقوله: «وما كان يصلح لهما جميعًا حلف علىٰ ذلك وكان له»؛ فلأنَّ سبب الرّجل أقوىٰ؛ [١/٦٩/أ] لأنَّ البيت بيته، فوجب تغليب سببه وقوة أمره لهذه العلة، فإن نكل حلفت المرأة؛ لأنَّ سببها قد قوي، وهو امتناع الزوج من اليمين، فوجب أنْ يُحْكَم لها مع يمينها، وكلّ من أقام البيّنة أنَّ المتاع له، فإنّه يُحْكم له بذلك؛ لأنَّ البيّنة أقوىٰ من اليد بغير بينةٍ، ويحلف أنّه لم يشتره لامرأته إن ادَّعَتْ عليه ذلك.

وكذلك حكم أهل المرأة وأهل الزوج إن ماتا جميعًا بعد وقوع الطلاق وبعد أن اختلفا في المتاع؛ لأنهما يقومان مقامهما في الميراث، وحكم الوارث حكم الموروث في حقوق الأموال، فوجب أن يكون حكمهما كذلك: أنَّ القول قول مُدَّعِي الأشبه منهما مع يمينه، كما يكون ذلك لمن ورث عنه.

وقوله: «ما أحدثت المرأة في بيت زوجها، مثل: النسج وغيره من العمل، فإنهما يشتركان فيه»؛ فلأنَّ كلّ واحدٍ منهما قد ثبت له حقٌّ في عين المتاع الذي هو بينهما، فوجب أن يُعطىٰ كلّ واحدٍ منهما حقه من ذلك، علىٰ حسب قيمة العمل وقيمة الشّيء المعمول فيه بغير عملٍ، يكونان شريكين علىٰ حسب ذلك.

وقوله: «إنَّ الطست والتور من متاع المرأة، وفرش البيت لها»؛ فإنَّ هذا كله في الأغلب مما يكون للمرأة، فوجب أن يكون لها ذلك مع يمينها.



---

(١) أخرجه ابن ماجه [٣/ ٤٣٣]، وهو في التحفة [٢/ ٤٠٧].

[١٤٦١] مسألة: قال: وما اشترىٰ الرّجل من متاع المرأة فهو له، إلّا أن تقيم بيِّنةً أَنَّهَا دفعت إليه ثمنه ليشتريه لها، وَإِلّا فيمينه[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ما اشتراه الرّجل فهو له؛ لأنّه قد عُلِم أنَّ الملك في الظاهر قد وقع له بالشري، سواءٌ كان ذلك من متاع المرأة أو الرجل، إلّا أن تقيم المرأة بيِّنَةً أنَّ الشراء كان لها، وأنها دفعت إليه ثمن ذلك.

فإن لم تكن لها بينةٌ، حلف هو أَنَّهَا لم تدفع إليه ثمنه؛ لأنّها مدَّعِيةٌ وهو منكِرٌ، والبينة علىٰ المدَّعي واليمين علىٰ المنكِر، كما قال رسول الله ﷺ.

[١٤٦٢] مسألة: [١/٦٩/ب] **قال: وسَفَطُ[٢] الرّجل الذي تأتي به المرأة، فهو لها إذا اختلفا فيه[٣].**

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه قد عُلِم أنَّ ذلك ملكها؛ لأنّها هي التي جاءت به لا الزوج.

❁❁❁

(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٩)، المدونة [٢/ ١٨٧]، النوادر والزيادات [٤/ ٦١٦]، منتخب الأحكام [١/ ١٦٩].

(٢) قوله: «وسَفَطُ»، كذا رسمها في شب، والسفط هو ما يعبأ فيه الطيب وما أشبهه من آلات النساء، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٢٢٦)، وفي النوادر والزيادات [٤/ ٤٨١]: «وما أرسلت به إليه عند البناء، من: غلالةٍ، وملحفةٍ وسبنية طيبٍ وسفطٍ، فهو كسائر جهازها»، وفي المطبوع: «سقط».

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٩٩)، النوادر والزيادات [٤/ ٤٨١].

[١٤٦٣] مسألة: قال: وإذا ادَّعَت أم الولد متاع البيت، كُلِّفَت البيّنة علىٰ متاع النساء، وليست بمنزلة الحرة، وما أعطاها سيدها من الحلي والثياب فهو لها.

وما كان من متاع البيت، مثل: الفرش والحلي واللحاف والثياب التي علىٰ ظهرها، فهو لها(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ أم الولد ليس لها ملكٌ مستقرٌّ علىٰ ما في يدها كاستقرار ملك الحرة علىٰ ملكها، فلم يقبل قول أم الولد: أنَّ ذلك لها وإن كان يشبه متاع النساء؛ لأنَّ حكم يدها وملكها مخالِفٌ لحكم يد الحرة وملكها.

فأمّا ما كان من الثياب التي تلبسها أو تنام فيها مما لا بد لها منه، فهو لها؛ لأنَّ ذلك في الأغلب لها؛ إذ لا بد لها منه، وليس يجوز لسيدها تركها من غير ما يُصلحها من ثيابٍ وفرشٍ، يعلم أنَّ ذلك لها؛ لقوة سببها فيما تدَّعيه.



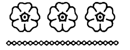
(١) المختصر الكبير، ص (٢٩٩)، النوادر والزيادات [١٣/ ١٨٥]، البيان والتحصيل [٤/ ٩١].

باب الصلح

[١٤٦٤] قـال: ومن جحد رجلاً مالاً، فأقر له في السـر ودعاه إلىٰ الصلح، ثمّ انطلق فأشـهد[١] أنّه إنّما يصالحه ليقرَّ في العلانية، ثمّ يقوم علىٰ حقه، فصالحه في العلانية وأشـهد عليه، فلمّا فرغا خاصمـه، فالصلح جائزٌ، إلّا أن يأتي بأمرٍ من شهادةٍ أو علمٍ علىٰ أصل الحق، أو أمرٍ يُرىٰ أنّه قد ثبت[٢].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ الصلـح قد وقع من ربِّ الحق في الظاهر، فلا يقبل قوله: «إنَّه إنّما صالحه ليقرَّ له في العلانية»؛ لأنّه لو قُبِل ذلك منه، لَمَا شاء أحدٌ أن يُبْطِل ما يلزم نفسـه من صلحٍ وبيعٍ وغير ذلـك من العقود إلّا فعل ذلك، والصلح فهو فعل مجوَّزٌ إذا كان علىٰ ما أذن الله عَزَّ وَجَلَّ فيه ورسوله ﷺ.

فإن أتىٰ بعذرٍ أو وجهٍ يُقبل قوله: أنَّ صلحه إنّما كان ليقر له في الظاهر، كان ذلك له؛ لأنَّ صلحه إنّما كان علىٰ وجه الاضطرار لا الاختيار.



---

(١) قوله: «فأشهد»، كذا في مك، وفي المطبوع: «فإن شهد».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٠)، وقد نقل ابن أبي زيد هذه المسـألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٧/ ١٧٦]، وينظر: الأحكام لابن حبيب، ص (١٨٦).

[١/٧٠/أ] [١٤٦٥] مسألة: قال: ومن صالح رجلاً من حقه، ثمّ ادَّعىٰ أنَّ عليه يمينًا أن لا يأخذ حقه إلّا جُملةً، فالصلح جائزٌ، وليس ذلك له[١].

إنّما قال ذلك؛ لِمَا قلنا: إنَّ الصلح فعل مجوَّزٌ مندوبٌ إليه، وإذا فعله الإنسان، لم يكن له أن يرجع عنه إذا كان غير مخالفٍ للكتاب والسنة، وذلك لازمٌ له، كعقد البيع والإجارة.

وليس يقبل قوله: في أنّه لا يأخذ حقه إلّا جملةً؛ لأنّه قد ترك بعضه علىٰ وجه الصلح، فليس له أن يرجع عنه.

❀❀❀

[١٤٦٦] مسألة: قال: ومن ادَّعىٰ علىٰ رجلٍ مئتي دينارٍ، وأنكر الآخر أن تكون له إلّا مئةٌ، وذكر ذهاب ذِكرِ حَقِّهِ، فصالحه علىٰ زيادةٍ من المئة، ثمّ وجد كتاب ذكر حقٍّ، فإنّه يغرم له بقية حقه[٢].

إنّما قال ذلك؛ لأنَّ هذا لم يختر الصلح، وإنما أحوجه إلىٰ ذلك ذهاب حجته وهو ذكر الحق، فلمّا وجده، كان له أن يرجع الىٰ أصل حقه؛ لأنّه لم يختر تركه علىٰ طيب نفسٍ، وقد قال رسول الله ﷺ: **«لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»**[٣].

❀❀❀

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٠).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٠)، الأحكام لابن حبيب، ص (١٨٥).

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٦٠ .

[١٤٦٧] مسألة: قال: ومن غاب شهوده علىٰ حقٍّ، فطلبه فجحده الذي هو عليه، فدعاه إلىٰ الصلح، فأشهد في السر: «أني إنّما أصالحه لجحوده إياي، وإذا حضر شهودي قمت»، فالصلح ماضٍ، ولا ينفعه القيام بشهوده، ولو شاء لم يُعَجِّل حتىٰ يَقْدُمُوا[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه لم تدعه إلىٰ الصلح ضرورةٌ، لو شاء صبر حتىٰ يقدُم شهوده فيأخذ حقه كله، فلمّا اختار الصلح وترك بعض حقه، لم يكن له الرجوع عنه، كما ليس له الرجوع عن عقود البياعات والإجارات وغير ذلك.

❀❀❀

[١٤٦٨] مسألة: قال: ومن صالح رجلاً علىٰ دراهم كانت له عليه، علىٰ: «أن يدفع إليه خمسة دراهم كلّ شهرٍ علىٰ أنَّ الدافع لا يمين له علىٰ صاحب الحق إن لم يأت ببيّنةٍ غرمٍ»، فلا ينفعه ذلك الشرط[٢].

[١/ ٧٠/ب] ✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّ هذا صلحٌ علىٰ خلاف ما أُمِر به، وهو مخالفٌ للأصول؛ لأنَّ اليمين علىٰ الدافع متىٰ استحلفه صاحب الحق إذا لم تكن له بينةٌ، فمتىٰ عقدا صلحهما علىٰ أن لا يمين علىٰ المدَّعَىٰ عليه ولا بينة علىٰ المُدَّعِي، فصلحهما غير جائزٍ.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٠)، وقد ذكر ابن أبي زيد في النوادر [٧/ ١٧٦]، هذه المسألة عن ابن عبد الحكم، وينظر: المدونة [٣/ ٣٨٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٠)، النوادر والزيادات [٧/ ١٧١].

وقد قال عمر بن الخطاب: «**الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**»(١).

وقال النبيُّ ﷺ: «**كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ الله عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ**»(٢).

❀❀❀

[١٤٦٩] مسألة: قال: ومن صالح امرأةً علىٰ ثُمُنِها من زوجها، وترك مالاً وعَرَضًا وعليه دَينٌ، فإن كانت العروض معروفةً، فلا بأس بذلك(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الصلح في هذا الموضع هو بمنزلة البيع، لأنَّ المرأة تترك شيئًا وتأخذ بدله، وإذا كان ذلك كله معروفًا، جاز، وإن كان مجهولاً، لم يجز؛ لأنّها معاوضةٌ علىٰ شيءٍ مجهولٍ، وذلك غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٤٧٠] مسألة: قال: ومن اعْتُرِفَ في يده بعيرٌ، وأتىٰ صاحبه الذي اشتراه منه فأنكر، فصالحه علىٰ دينارين كتبهما عليه، ثمّ زعم الذي صالحه أنّه قال: «إن وجدتُ صاحب البعير أعطيتك حقك»، وجحد ذلك الذي عليه الديناران وأراد استحلافه، فليس ذلك عليه إذا لم يكن وضع ذلك في كتابه(٤).

---

(١) هي قطعة من كتاب عمر إلىٰ أبي موسىٰ في القضاء، أخرجها بهذا اللفظ: الدارقطني [٥/ ٣٦٩]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [٢٠/ ٤٤٥].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٥٤ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٠)، المدونة [٣/ ٣٧٧]، النوادر والزيادات [٧/ ١٧٠].

(٤) المختصر الكبير، ص (٣٠١).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ هذا مدَّعٍ يدّعي خـلاف ما وقع صلحهما عليه، فلا يقبل قوله.

وهذا إذا كان لهما صلح مكتتبٌ؛ لأنَّ الكتب إنّما تكتب ليُرجع إليها ويُحتج بهـا علىٰ مـن ادَّعىٰ خلاف ما فيها، فأمّـا إذا لم يكن لهما كتـابُ صلح، كان عليه اليمين؛ لأنّه منكِرٌ، وعلىٰ الآخر البيِّنة؛ لأنّه مدَّعٍ.

ويحتمل أن يكون ذلك؛ لأنَّ الصلح وقع علىٰ الإنكار، فلم يجب للمدَّعي علىٰ المدَّعىٰ عليه حقٌّ، وإنمـا أعطاه المدَّعىٰ عليه شـيئًا ليزيل دعـواه، وليس بينهما خلطةٌ، فوجب عليه اليمين.

❀❀❀

[١٤٧١] مسـألة: [١/ ٧١/أ] **قـال: ومـن ادَّعىٰ علـىٰ رجلٍ أنّه وعـده إذا خرج عطاؤه أعطاه دينارين، فأنكر وأراد أن يُحَلِّفَه، فلا يمين عليه**[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الوعد غير لازمٍ لمن وعد، فمن وعد فلا يمين عليه؛ لأنّـه لو أقر بالوعد لم تلزمه العطية؛ لأنَّ الوعد ليس بعقدٍ، وإنما يلزمُ الإنسـانَ ما يفعلـه، أو يعقد علىٰ نفسـه فعلـه في ثانٍ، فأمّا إذا لم يكن فَعَـلَ - أعني: من عطيةِ شـيءٍ، أو عقدٍ بعطيةِ شـيءٍ في ثانٍ -، فليس يلزمه ما يَعِدُ به، وإن كان الاختيار له أنْ يفي به.

وإنما تلزم الأفعال وعقودها، كما يلزَمُ الانسانَ الحجَّ إذا دخل فيه، وكذلك الصـوم والصـلاة، وكذلك الهدي إذا قلده وأشـعره، ويلزمه أيضـًا إذا ألزم نفسـه

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠١).

قولاً، وذلك لأنَّ الله سبحانه قال: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة:١]، وقال: ﴿وَأَتِمُّواْ ٱلۡحَجَّ وَٱلۡعُمۡرَةَ لِلَّهِۚ﴾ [البقرة:١٩٦].

❀❀❀

[١٤٧٢] مسألة: قال: ومن صالح غريمـًا له علىٰ مالٍ له كان علىٰ رجلٍ هو وصيـه، فصالحه علىٰ رقيقٍ للميـت تركهم، علىٰ أن يدفع إليه بقية ما صالحه عليه من ثمارٍ لهم وقفـًا عليهم، علىٰ أنَّه إن كان الرقيق مضت فيهم صدقةٌ أو شيءٌ حال دونهـم من أبيهم فلا صلـح بينهم، فلا يجوز ذلك، إلّا صلـحٌ ثابتٌ ليس فيه: «إن كان كذا وكذا، وإن كان كذا وكذا»[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الصلح هاهنا جرىٰ مجرىٰ المعاوضة، فلا يجوز أن يقع علىٰ عوضٍ لا يُدرىٰ هل يحصل أم لا؛ لأنَّ ذلك غررٌ، وقد نهىٰ رسـول الله صلىٰ الله عليه عن بيع الغرر، والصلح عليه[٢].



---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠١).

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٠٦ .

باب الوكالة

[١٤٧٣] قال: وإذا وكلت المرأة زوجها في حقٍّ لها وبيعٍ وشراءٍ، ثمّ ادَّعَت أنَّه لم يعطها شيئًا، فليس عليه إلّا يمينه ويبرأ.

وكذلك القوم يوكلون الوكلاء في البلدان ويقبضون لهم الأموال(١).

[١/ ٧١/ ب] ✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الوكيل مؤتمنٌ علىٰ ما يتصرَّف فيه من المال، فإذا قال: دفعت ذلك إلىٰ من وكَّلَه، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنَّه قد ائتمنه علىٰ ذلك.

وإن قال: قد دفعته إلىٰ غيره، لم يقبل قوله إلّا ببينةٍ؛ لأنَّ غيره لم يأتمنه علىٰ المال الذي في يده، كما ائتمنه موكله.

والأصل في هذا:

⇦ أنَّ كلَّ مَنْ كان في يده مالٌ علىٰ وجه الأمانة، فقال: قد دفعته إلىٰ من ائتمنه، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنَّ ذلك أمانةٌ في يده، وليس في ذمَّته.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٢)، المختصر الصغير، ص (٦٥٧)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٥٥]، النوادر والزيادات [٧/ ٢٢٨].

⇦ وكلّ من كان في ذمَّته شـيءٌ، فقال: قـد دفعته إلىٰ مَنْ له عليَّ، فلا يقبل قوله إلّا ببينةٍ، لا خلاف في هذه الجملة بين أهل العلم(١).

❁❁❁

[١٤٧٤] مسـألة: قـال: ومـن وكَّلَ رجـلاً بخصومـةٍ، حتىٰ إذَا [أُسْـقِطَ](٢) حلـف بالمخاصِمِ بالعتـق أن لا يخاصمه، فليس ذلك له، إلاّ أن يكون شـارَّهُ(٣) أو آذاه فيكون ذلك له، وَإِلاّ فليس ذلك له(٤).

✍ إنَّمَـا قال ذلك؛ لأنَّـه يريد بذلك قطع ما قد لزمه من الحجة وتوجَّه عليه من الحق، فلا يُتْرَك؛ وذلك لأنَّه في تركه ضررٌ علىٰ صاحب الحق.

ولو سُـوِّغَ ذلك، لَمَا شـاء أحدٌ قطع حُجَّةٍ تتجه عليه وإزالة حقٍّ يجب عليه إلّا فعل، وفي ذلك ضررٌ علىٰ الناس، وقد قال رسـول الله صلىٰ الله عليه سـلم: **«لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ»**(٥)، فليس يُتْرَكُ والإضرار بخصمه.

فإن كان آذاه أو شتمه أو خرج عن حدِّ الخصومة، كان له أن يوكِّلَ غيره متىٰ

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٣٥٥]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) مـا بين [ ]، كـذا يمكن أن تقرأ كما في الصورة، وفي النـوادر والزيادات [٨/ ٢٣٦]: «إذا خاصمه ثمّ تحاجا».

(٣) قوله: «شـارَّهُ»، كذا في شـب، وهي من المشـاراة، أي: المُلاجَّةُ، ينظر: لسان العرب [١٤/ ٤٢٩]، وفي المطبوع: «شاتمه».

(٤) المختصر الكبير، ص (٣٠٢)، المدونة [٤/ ٢٥٦]، النوادر والزيادات [٨/ ٢٣٦].

(٥) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

حلف؛ لأنَّ تركه خصومته ليس علىٰ وجه الإضرار، إنّما هو علىٰ وجه صيانته لنفسه.

❀❀❀

[١٤٧٥] مسألة: قال: وإذا وكَّلَ رجلٌ رجلاً فقبض[(١)] ماله، فزعم الوكيل: «أنَّه قد أخذه»، وليس لصاحب الدَّين[(٢)] بيِّنَةٌ، والوكيل مقرٌّ ولم يدفع إلىٰ صاحبه شيئًا، فليس ينفع إقرار الوكيل إلّا ببينةٍ عليه، وَإِلّا غرم الحق[(٣)].

✍ إنَّمَا قال ذلك لأنَّ الذي عليه الدَّين مدَّعٍ [١/٧٢/أ] لخروجه منه وسقوطه من ذمَّته، فعليه البيّنة علىٰ ذلك، وعلىٰ المنكِر لدفعه وهو صاحب الحق اليمين؛ لأنَّ البيّنة علىٰ المدَّعي واليمين علىٰ المنكِر.

وليس يقبل قول الوكيل علىٰ صاحب الحق في قبض ذلك منه؛ لأنَّ الوكيل ليس مؤتمنًا فيما بينه وبين غير الموَكِّل، وإنما هو مؤتمنٌ علىٰ ما بينه وبين الموكل[(٤)].

❀❀❀

[١٤٧٦] مسألة: قال: ومن باع متاعًا ووكَّل بقبض ثمنه رجلاً، فزعم أنَّه قد

---

(١) قوله: «فقبض»، كذا في شب، ولعلها: «بقبض»، كما في التفريع [٩/ ٣٥٥]، ويقتضيه السياق.

(٢) في التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٥٥]: «علىٰ الذي عليه الدّين».

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٢)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٥٥]، النوادر والزيادات [٧/ ٢٢٩].

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٣٥٦]، هذه الفقرة عن الأبهري.

قبضه منه ودفعه إلىٰ الذي له الحق، فعليهم البيّنة بدفعهم إلىٰ الوكيل، وليس علىٰ الوكيل إلّا اليمين بالله جَلَّ وَعَزَّ: «لقد دفع»(١).

✍ إنَّمَـا قال ذلك: لِمَا ذكرنا: أنَّ الذي عليه الحق يدَّعِي خروجه منه ودفعه إلـىٰ صاحب الحق أو وكيله، فعليه البيّنة علىٰ ذلك، وَإِلّا حلف صاحب الحق أو وكيله أنَّه لم يدفع ذلك إليه؛ لأنَّ البيّنة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المنكِر.

فالقـول قول الوكيل مع يمينه في دفعه إلىٰ صاحب الحق؛ لأنَّه مؤتمنٌ علىٰ ذلك، والذي عليه الحق ليس مؤتمناً، فكانت عليه البيّنة علىٰ الدفع.

❀❀❀

[١٤٧٧] مسـألة: قـال: ومـن هلك وترك امـرأةً وأخـًا بالأندلـس، فادَّعَت امرأته جميع ما ترك وأرادت بيعه، فقام ابن الأخ فسأل القاضي أن يُمَكِّنَه من إيقاع البينـة: «علىٰ ما ترك عمِّـه، وأنْ أَثْبَتَ أنَّ أباه وارث الهالـك، وكان حيـًا يوم هلك هـذا الموروث»، أُمْكِنَ مـن تثبيت ذلك وإحيائه، ثمّ يوقـف علىٰ يدي عدلٍ حتىٰ يأتي فيه أمر أبيه(٢).

✍ إنَّمَـا قال: إنَّه يُمَكـن من تثبيت ذلك بغير وكالـةٍ؛ لأنَّ هذا انما هو علىٰ وجه إحياء حق المسلم، ولِمَا يخص الابن من أبيه أيضـًا.

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٣٠٢)، التفريـع مـع شـرح التلمسـاني [٩/ ٣٥٦]، النوادر والزيادات [٧/ ٢٣٠].

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٣٠٢)، النـوادر والزيـادات [٨/ ٢١٦]، التفريـع مع شـرح التلمساني [٩/ ٣٥٧].

فعلىٰ هـذا الوجه قال ذلك، وهـو ضربٌ من الاستحسـان لا القياس؛ لأنَّ أحداً لا يُخَاصِم عن أحدٍ إلّا بوكالةٍ منه، أو بإذن الحاكم له في ذلك(١).

۞۞۞

[١٤٧٨] مسـألة: قال: ومن كان غائبًا عن بلدٍ وله به [١/ ٧٢/ب] عشـيرةٌ ودارٌ في يدي رجلٍ، فادّعاها لنفسـه، فسـأل عشـيرةُ الرّجل أن يؤذن لهم في تثبيت حق صاحبهـم ومخاصمة الرّجل قبل هلاك البينة، فلا يُمَكَّنـون من ذلك إلّا بوكالةٍ أو أمرٍ يعرفه(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لِمَا قلنا: أنَّ أحداً لا يجوز له أن يتكلم عن أحدٍ في تثبيت حقٍّ له أو مطالبةٍ به، إلّا بوكالةٍ منه، أو أن يأمره الحاكم بذلك، وهذا هو الواجب، وما يقدَّم فاستحسانٌ علىٰ ما ذكرناه(٣).

۞۞۞

[١٤٧٩] (٤)مسألة: قال: ومن أعمر أرضًا مواتًا لا يطلبها أحدٌ، ثمّ يأتي من يستحقها، فيقال له: «أعطه ما عَمَّر وخذها وعِمَارتها»، فلا يقدر، فيقال للذي أحيا

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٣٥٧]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٣٠٢)، التفريـع مـع شـرح التلمسـاني [٩/ ٣٥٧]، النوادر والزيادات [٨/ ٢١٤].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٣٥٧]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٤) أدرج فـي المطبـوع في هذا الموضع: «باب إحياء المـوات»، وهذا العنوان غير مثبت في المخطوط.

الأرض: «أعطه قيمة أرضه»، فلا يجد، فإنهما شريكان علىٰ قدر قيمة الأرض بغير عمارتها، وقيمة العمارة بلا أرضٍ(١).

✍ إنَّمـا قال ذلك؛ لأنَّ كلّ واحدٍ منهما له حقٌّ، فلا يجوز أن يبطل حق كلّ واحـدٍ منهمـا؛ لأنَّ صاحـب الأرض له حقٌّ فـي الأرض، والثاني بشـبهةٍ له حقٌّ، فوجب أن يوصل كلّ واحدٍ منهما إلىٰ حقه.

فبدأ صاحب الحق: بأن يعطي الباني بالشـبهة قيمة بنائه يوم يستحقها؛ لأنَّه أقوىٰ سبباً؛ من قِبَل أنَّ حقه متقدِّمٌ لحق الباني، والباني داخلٌ عليه.

فـإن لم يعطه قيمة بنائـه، قيل لصاحب البناء: «أعـط صاحب الأرض قيمة أرضه بلا بناءٍ».

فـإن أبىٰ، كانا شـريكين في الأرض والبناء، بقدر قيمـة ما لكل واحدٍ منهما مـن قيمة الأرض وقيمـة البناء، فيكون لصاحب الأرض من ذلـك كله بقدر قيمة الأرض بلا بناءٍ، ولصاحب البناء بقدر قيمة البناء بلا أرضٍ، يشتركان في الأرض والبناء علىٰ حسب ذلك.

وهذا الذي قاله مالك، قد رُوِيَ عن عمر بن الخطاب أنَّه حكم بذلك(٢).

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٣)، المختصر الصغير، ص (٦٥٨)، مختصر أبي مصعب، ص (٤٦١)، النوادر والزيادات [١٠/ ٥٠٧].

(٢) أخرجـه أبو عبيد في كتاب الأموال [١/ ٤٠٧]: «أن رجـلًا أحيا أرضـاً مواتـاً، فغرس فيهـا وعمر، فأقام رجل البيّنـة أنَّهَا له، فاختصما إلىٰ عمر بن الخطاب، فقال لصاحب

[١٤٨٠] [(١)] **مسألة: قال: ومن اشترىٰ داراً فاستغلها حيناً، ثمّ استُحِقَّت، فالكراء له ولا شيء فيه للمستحق، وكذلك العبد**[(٢)].

إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الخراج للمشتري بالضمان؛ لأنّها لو تلفت كان تلفها من المشتري بالقيمة [١/ ٧٣/أ] إن كان البيع فاسداً، وإن كان فيه عيبٌ، فتلفها منه بالثمن، فوجب أن يكون خراجها له لهذه العلة[(٣)].

وقد رَوَىٰ ابن أبي ذئب، عن مخلد بن خفاف[(٤)]، عن عروة، عن عائشة، أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه قال: «**الخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[(٥)].

وقد رَوَىٰ مسلم بن خالد[(٦)]، عن هشام، عن عروة، بإسناده مثله[(٧)].



الأرض: إن شئت قوَّمنا عليك ما أحدث هذا، فأعطيته إياه، وإن شئت أن يعطيك قيمة أرضك أعطاك».

(١) أدرج في المطبوع في هذا الموضع: «باب الكراء»، وهذا العنوان غير مثبت في المخطوط.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٣)، المختصر الصغير، ص (٦٥٩)، مختصر أبي مصعب، ص (٤٦١)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٩٩].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٩٩]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٤) مخلد بن خفاف الغفاري، مقبول، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٩٢٧).

(٥) أخرجه أبو داود [٤/ ١٨٣]، والترمذي [٢/ ٥٦١]، وابن ماجه [٣/ ٣٥٢]، والنسائي في الكبرىٰ [٦/ ١٨]، وهو في التحفة [١٢/ ١١٩].

(٦) مسلم بن خالد المخزومي مولاهم المكي المعروف بالزنجي، فقيه، صدوق كثير الأوهام، من الثامنة. تقريب التهذيب، ص (٩٣٨).

(٧) أخرجه أبو داود [٤/ ١٨٤].

[١٤٨١] مسألة: قال: ومن بنىٰ في أرض قوم بغير إذنهم، ثمّ استحقوها، فإن شاؤوا أعطوه قيمة عمارته منقوضَةً وأخذوها، وإن شاؤوا نقله عنهم[١].

ولا يكون له نقض ما لا ينفعه، من تغوير ماءٍ أحدثه[٢]، أو هدمِ شيءٍ أصلحه، وهو لصاحب الربع[٣].

✍ إنَّمَا قال: «إنَّ له قيمته منقوضةً»؛ لأنَّه لم يبن بإذن صاحب الأرض، فكان إمّا متعدِّياً بالبناء إن كان غاصباً، أو مقصِّراً إن كان غير غاصبٍ بتركه استئذان صاحب الأرض، فكان لصاحب الأرض أن يأخذه بنقل بنائه عنه إن شاء، أو يعطيه قيمته مقلوعاً؛ لأنَّ قلعه يضر بصاحب الأرض، فله إزالة الضرر عنه بدفع قيمته مقلوعاً إلىٰ الباني.

وإنما تكون قيمة البناء غير مقلوعٍ إذَا كان بإذن صاحب الأرض، ويكون الباني قد دخل علىٰ أن يكون مؤبَّداً، فأمّا إن كان دخل علىٰ أن يقلعه بعد مدةٍ، وذلك أن يكتري أرضاً سنين ليبني فيها، أو يبني بغير إذن صاحب الأرض، فإنَّ علىٰ صاحب الأرض دفع قيمته مقلوعاً إن شاء.

وقوله: «ليس له ردمُ بئرٍ أو هدم شيءٍ أصلحه إذَا كان لا ينتفع به وفي تركه كذلك منفعةٌ لصاحب الأرض»؛ فلأن فعله هذا هو ضررٌ أيضاً بصاحب الأرض، من غير أن ينتفع هو بشيءٍ من ذلك، فليس له أن يضر به إذَا كان لا ينتفع.

---

(١) قوله: «نقله عنهم»، كذا في شب، وفي المطبوع: «خلوا بينه وبين نقضه يأخذه عنهم».

(٢) قوله: «تغوير ماءٍ أحدثه»، كذا في شب، وفي المطبوع: «تقويض ما أحدثه».

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٣)، المختصر الصغير، ص (٦٥٨)، مختصر أبي مصعب، ص (٤٦١)، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٣٨].

وقـد رَوَىٰ مالكٌ، عن عمرو بن يحيـىٰ المازني، عن أبيه، ومنهم من يقول: عن أبي سـعيدٍ من غير حديث مالكٍ، عن النبيِّ صلىٰ الله عليه أنَّه قال: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»(١).

❁❁❁

[١٤٨٢] مسـألة: [١/ ٧٣/ ب] **قال: وكذلـك من اكترىٰ فَعَمر، فليس له أن يردم البئـر، وله أن يأخذ طيَّهـا(٢) إن أحب صاحب المنزل، وإن نقـل منه ترابـًا فأراد أن يرده فليس ذلك له، وإن كان نزع خشبةً ردَّ مكانها، وإن هدم جداراً بناه، وإن أحبَّ صاحب الدّار أن يرد خشبةً مثل خشبته أو طوبـًا مثل طوبه فعل، وإن أحب فقيمته، والقيمة في ذلك أعدل، وليس له أن ينزع جيراً(٣)، ولا يردم عينـًا(٤).**

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ فعله ما لا ينتفع به ويضر بصاحب الأرض هو إضرارٌ منه بغيره، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**».

فأمّا أخذُهُ ما ينتفع به فله ذلك؛ لأنَّه يأخذ حقه وماله.

وقوله: «إنَّ له طوبـًا كطوبه وخشـبـًا كخشـبه»؛ فلقرب شبه ذلك بعضه من

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

(٢) قولـه: «طيهـا»، طي البئر، مـا تغطَّىٰ به البئر مـن الحجارة أو غيرها، قال في اللسـان: [١٥/ ١٩] والطَّوِيُّ: البئرُ المَطْوِيَّة بِالحِجَارَةِ.

(٣) قولـه: «جيـراً، الجير: هو الجص فـإذا خلط بالنورة فهو الجيار، وقيـل: الجيار النورة وحدها، ينظر: لسان العرب [٤/ ١٥٧].

(٤) المختصر الكبير، ص (٣٠٣).

بعضٍ وتقارب منافعه ما جاز أن يعطىٰ بدله، والقيمة في ذلك أعدل كما قال مالك، وهو القياس.

❀❀❀

[١٤٨٣] مسألة: قال: ومن تكارىٰ أرضًا فبنىٰ وعَمر، ثمّ جاء فيها أمر سلطانٍ؛ لأنّها كانت قطيعةً، فينبغي أن تقر في يده علىٰ حالها، فإن أبىٰ ذلك السلطان فقد ظلمه، وليس له فيما أنفق شيءٌ(١).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الذي أخذ من يده القطيعة فقد ظلمه إن كان قد عَمَّر فيها وبنىٰ، أو كان مستحقًّا لها، فليس له أن يرجع علىٰ غيره ممن اكترىٰ منه أو أقطعه بشيءٍ؛ لأنَّ الظلم لم يقع عليه من أجله، وإنما وقع من أجل غيره.

❀❀❀

[١٤٨٤] مسألة: قال: ومن ابتاع داراً فهدمها، ثمّ استُحِقَّتْ، أو شجراً فقطعها وغرس غيرها، فليس عليه في ذلك شيءٌ إذَا كان مما يعمل به(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّه فَعَل ما له أن يفعله في ملكه في الظاهر، وليس هو متعدِّيًا بالفعل، فلا قيمة عليه لمستحقه، [١/٧٤/أ] إلّا أن يكون أتلفها بغير الوجه الذي يجوز له، فأمّا أن يتصرَّف في الهدم والعمارة فليس عليه شيءٌ؛ لأنَّه علىٰ

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٣)، المدونة [٣/ ٥١٦]، النوادر والزيادات [٧/ ١٤٢].
(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٣)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٠٨].

ذلـك دخل، من قِبَل أنَّ شـبهة الملك تُجَـوِّز له التّصرف فيـه بالظاهر، كما يجوز ذلك لمن له ملكٌ مستقرٌّ.

ألا ترىٰ: أنَّ الأرض تتلف منه بالقيمة، فله الخراج بالضمان، وله التّصرُّف بالملك من غير بدلٍ يكون عليه غير قيمة الأصل.

❀❀❀

[١٤٨٥] [(١)] مسـألة: قال: ومن أحيا أرضًا ميتـًا فهي له، وذلك في فيافي[(٢)] الأرض والصحارىٰ، وحيث لا يتشاحُّ فيه الناس.

وإحياؤهـا: إجراء العيـون، وحفر الآبار، والبنيان، والحـرث، فهذا كله من إحياء الأرض.

وليس ذلك في أرض أهل الذمَّة التي قد حيزت وتُرِكت خراجًا.

ولا يجـوز إحياء كلّ موضعٍ تشـاحَّ فيه النّاس قريبٍ مـن القرىٰ، إلّا بقطيعةٍ من سلطانٍ[(٣)].

---

(١) هذه المسـألة متصلة بالمسـائل التي قبلها في شـب والمختصر الصغير، وقد جعلتها منفصلـة ووضعـت لها بابـًا مسـتقلاً في الفهـرس، كما هو في التفريـع لابن الجلاب [٢/ ٢٩٠].

(٢) قولـه: «فيافـي»، هـي جمـع فيفاء، وهـي الصحـراء الملسـاء، ينظـر: لسـان العرب [٩/ ٢٧٤].

(٣) المختصـر الكبير، ص (٣٠٤)، المختصر الصغير، ص (٦٥٩)، المدونة [٤/ ٤٧٣]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٥٥].

✍ إنَّمَا قَال ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»(١).

وروىٰ مالك، عن هشام بن عروة، عن أبيه، أنَّ رسول الله ﷺ قال ذلك(٢).

وروىٰ أبو [أنيس](٣)، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، عن النبيِّ صلىٰ الله عليه(٤).

وروىٰ وكيع، عن هشام بن عروة، عن ابن أبي رافع(٥)، عن جابرٍ قال: قال رسول الله صلىٰ الله عليه: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَلَهُ مِنْهَا أَجْرٌ، وَمَا أَكَلَ العَافِيَةُ فَهُوَ لَهُ صَدَقَةٌ**»(٦).

وروىٰ الزهري، عن سالم، عن ابن عمر، أنَّه سمع عمر يقول: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ، وَذَلِكَ أَنَّ رِجَالًا كَانُوا يَتَحَجَّرُونَ مِنَ الأَرْضِ**»(٧).

---

(١) أخرجه أبو داود [٣/ ٥١٠]، والترمذي [٣/ ٥٥]، وهو في التحفة [٤/ ٩].

(٢) أخرجه مالك [٤/ ١٠٧٦].

(٣) قوله: «أنيس»، كذا رسمها كما في الصورة، ولم أعرفه.

(٤) أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج، ص (٦٤)، عن هشام بن عروة، به.

(٥) عبيد الله بن عبد الرحمن بن رافع الأنصاري، مستور، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٦٤١).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة [١١/ ٤٣٥]، والنسائي في السنن الكبرىٰ [٥/ ٣٢٣]، وهو في التحفة [٢/ ٢١٧].

(٧) أخرجه مالك [٤/ ١٠٧٦]، والطحاوي في شرح معاني الآثار [٣/ ٢٧٠].

ورَوَىٰ عبدة، عن سعيد، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، عن النبيِّ صلىٰ الله عليه قال: «**مَنْ أَحَاطَ حَائِطًا عَلَىٰ أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ**»[(١)].

وقوله: «إنَّ ذلك فيما لا يتشاحُّ النّاس فيه»، فأمّا ما يتشاحُّ فيه فيحتاج إلىٰ إذن من الإمام؛ فلأنَّ «**النَّبِيَّ صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ أَقْطَعَ بِلَالَ بن الحَارِثِ المُزَنِيّ** [١/ ٧٤/ ب] **مَعَادِنَ القَبَلِيَّةِ جَلْسِيَّهَا وَغَوْرِيَّهَا، وَحَيْثُ يَصْلُحُ الزَّرْعُ مِنْ قُدْسٍ، وَلَمْ يُعْطِهِ حَقَّ مُسْلِمٍ**».

رواه كثير بن عبد الله بن عمرو المزني[(٢)]، عن أبيه[(٣)]، عن جده: «**أَنَّ رَسُولَ الله** ﷺ»، الحديث[(٤)].

وكذلك رواه مالك، عن ربيعة، عن غير واحدٍ من علمائهم: «**أَنَّ رَسُولَ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ أَقْطَعَ بِلَالَ بن الحَارِثِ مَعَادِنَ القَبَلِيَّةِ**»[(٥)].

فوجب استعمال الحديثين جميعًا:

---

(١) أخرجه أبو داود [٣/ ٥١١]، والنسائي في الكبرىٰ [٥/ ٣٢٦]، وهو في التحفة [٤/ ٧١].

(٢) كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني المدني، ضعيف، أفرط من نسبه إلىٰ الكذب، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٨٠٨).

(٣) عبد الله بن عمرو بن عوف بن زيد المزني المدني، مقبول، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٥٣١).

(٤) أخرجه أبو داود [٣/ ٥٠١]، وهو في التحفة [٥/ ١١٨].

(٥) أخرجه مالك [٢/ ٣٤٩].

فما وقع فيه تشاحٌّ وتنافسٌ، لم يكن لأحدٍ عمارته بغير إذن الإمام.

وما تباعد من العمارة ولم يُتَشاح فيه، جاز أن يعمر بغير إذن الإمام؛ لإذن النبيِّ ﷺ في ذلك.

وروى شعبة، عن سماك، عن علقمة بن وائل الحضرمي(١)، عن أبيه: «**أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضًا بِحَضْرَمَوْتَ وَبَعَثَ مَعَهُ مُعَاوِيَةَ بن أَبِي سُفْيَانَ يُوَفِّيهِ إِيَّاهَا**»(٢).

فأمّا صورة الإحياء فعلىٰ ما وصفه مالك، وذلك كحفر الآبار، وجرِّ العيون، والبنيان، والحرث؛ لأنَّ إحياء الأرض بهذا يكون وأشباهه.

وقوله: «إنَّ ذلك في غير الأرض التي قد حِيزت وتُركت لأهل الذمَّة خرجًا»؛ فلأن الإحياء إنّما يكون فيما لا حقَّ فيه لأحدٍ من الناس، فأمّا إذا كانت أرضٌ فيها حقٌّ لأحدٍ من مسلمٍ أو ذميٍّ، فهو أحقُّ بها.

❀❀❀

[١٤٨٦] مسألة: قال: ومن زرع أرضًا فاستُحِقَّت، فالزرع للزارع، وللمستحِقِّ كراء الأرض، ولا شيء له فيما زرع فيما قبل تلك السنة(٣).

---

(١) علقمة بن وائل بن حجر الحضرمي الكوفي، صدوق إلاّ أنّه لم يسمع من أبيه، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٦٨٩).

(٢) أخرجه أبو داود [٣/ ٥٠٠]، والترمذي [٣/ ٥٨]، وهو في التحفة [٩/ ٨٨].

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٤)، المدونة [٤/ ١٩٣]، الجامع لابن يونس [٢٠/ ١٥٢].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الخراج للمشتري بالضمان، فللزارع الزرع، ولا كراء عليه إن كان اشتراها.

وإن كان اكتراها، فكذلك لا كراء عليه للمستحق إن كان اكتراها ممن له شبهة ملكٍ.

فإن كان اكتراها من غاصبٍ، فله أن يأخذ كراء الأرض من ربِّ الزرع؛ لأنَّ الذي أكراها لا ملك له في الأرض ولا شبهة ملكٍ، ولا خراج له ولا كراء.

وكُلُّ من زرع بشبهةٍ، فليس[١/ ٧٥/أ] للمستحقِّ للأرض قَلْعُ زرعه؛ لأنَّ الزارع غير متعدٍّ، فله زرعه، كالواطئ بالشبهة أنَّ النسب يلحق به، ولا يبطل زرعه؛ لأنَّه ليس بغاصبٍ، وكذلك الزارع بشبهةٍ.

فأمَّا إن كان غاصبًا، فللمستحق أن يقلع زرعه إن شاء إذا جاء في وقت الزرع؛ إذ لا حرمة لزرعه، وإن شاء تركه وأخذ الكراء، كما أنَّه لا حرمة لولد الواطئ علىٰ وجه الغصب.

❀❀❀

[١٤٨٧] مسألة: قال: ومن عمَّرَ أرضًا وغرس فيها، وخرج إلىٰ أرضٍ أخرىٰ، فأراد هذه رجلٌ آخر، فإن كانت خربت وذهب غَرْسها وماؤها إلىٰ ما لا ذِكْرَ له، فذلك له[١].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٤)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٥٧]، النوادر والزيادات [١٠/ ٥٠٨]، الجامع لابن يونس [١٨/ ٢٥٦].

✍ إنَّمَـا قال ذلك؛ لأنّها إذَا خربت وعادت إلىٰ ما كانت عليه من الخراب، رجعـت إلىٰ ما كانت عليه مـن الأصل، فكانت لمن عمَّرَها ثانيـةً؛ لأنَّه إنّما صار أولـىٰ بهـا من أجل العمـارة، وإذا زالـت العمارة، عـادت إلىٰ ما كانـت عليه في الأصل.

وذلـك بمنزلة الصيد إذَا خرج عن يد من صـاده بانفلاتٍ، وعاد إلىٰ ما كان عليـه من التوحش، فهو لمـن صاده دون الأول؛ لأنَّه قد عاد إلـىٰ ما كان عليه في الأصل من الإباحة، وقد ذكرنا هذه المسألة قبل هذا الموضع.

❀❀❀

[١٤٨٨] مسـألة: قال: ومـن زرع أرضـًا ظلمـًا، قُلِعَ زرعـه إن كان في إبان الزرع، وإن كان في غير إبانه، فله الكراء، وإن كان غرسـًا، قُلع غرسه[١].

✍ إنَّمَـا قـال ذلك؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضـًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**»[٢]، فليس للغاصب حقٌّ في أرض المغصوب فيُقَرُّ زرعه.

والأمـر في ذلك إلىٰ ربِّ الأرض، إن شـاء قلع زرعـه وزَرَعَ هو إن كان في وقت الزرع؛ لأنَّه أحقُّ بأرضه والانتفاع بها من الغاصب المتعدِّي.

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٣٠٤)، النـوادر والزيـادات [٧/ ٣٨٣]، منتخـب الأحـكام [٢/ ٢٥١]، البيان والتحصيل [٩/ ٥١].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٤٨٥ .

فأمَّا إذَا كان في غير وقت الزرع، فقد قال مالك: «إنَّ له أن يقلعه»؛ لهذا المعنىٰ الذي قلناه.

وقد قال: «ليس له قلعه وله الكراء»؛ لأنَّه [١/٧٥/ب] بقلعه مضرٌّ بالغاصب متلفٌ لماله من غير أن ينتفع هو بقلعه، وذلك ضررٌ، وقد قال رسول الله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ»[1].

وقوله: «إنَّه إن كان غرساً قَلَعَه»؛ فلأنَّ الغرس مخالفٌ للزرع؛ لأنَّ الزرع له نهايةٌ ووقتٌ يُزْرَع إليه ويقصد، وذلك معلومٌ تناهيه، والغرس هو علىٰ وجه التأبيد، ليس إلىٰ وقتٍ يقلع فيكون كالزرع، وهو بمنزلة البنيان، فلربِّ الأرض أن يأخذه بإزالة ذلك عنه وقلعه، أو دفع قيمته مقلوعاً إليه إن أحبَّ ذلك، علىٰ ما بيَّنَّاه فيما تقدَّم.



---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

باب القضاء في البنيان

[١٤٨٩] قال: وإذا كان للرجل سُفْلٌ وللآخر عُلْوٌ[١]، فإصلاح السقف والجريد علىٰ صاحب السُّفل، وكذلك لو انهدم الجدار، بناه إلىٰ حدِّه، ولو انهدم البيت، بناه وسَقَّفَه.

وكذلك لو كانت عليه غرفتان، واحدةٌ فوق واحدةٍ، بنىٰ صاحب السفل وسَقَّفَ، ثمّ بنىٰ صاحب الغرفة الأولىٰ وسَقَّفَ، ثمّ بنىٰ الثالث، فإذا قُسِّمَ البيت السفل، قُسِّمَ بسقفه[٢][٣].

✍ إنّما قال ذلك: «إنَّ علىٰ صاحب البيت الأسفل أن يبني ويُسَقِّف»؛ لأنَّ البيت لا يكون بغير سقفٍ؛ فلمّا كان صاحب البيت لو انفرد بملك البيت من غير أن يكون عليه حقٌّ لأحدٍ لكان يحتاج إلىٰ سقف بيته، لا بُدَّ له من ذلك، فكذلك إذا كان عليه حقٌّ لغيره، وجب أن يبني هو البيت ويُسَقِّفَه، ثمّ يبني صاحب الغرفةِ الغُرْفَةَ ويُسَقِّفها؛ لأنَّ الغرفة لو انفرد بها صاحبها من غير أن يكون عليها حقٌّ لأحدٍ، لم يكن له بدٌّ من سقفٍ يُكِنُّه، ثمّ الثالث كذلك.

---

(١) في التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٧٧]: «فانهدم السّفل».

(٢) من قوله: «وكذلك لو انهدم الجدار»، إلىٰ هذا الموضع، ساقط من المطبوع.

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٤)، المختصر الصغير، ص (٦٦٠)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٧٧].

فلهذا وجب علىٰ كلّ واحدٍ من صاحب البيت والغرفة، أن يبني ويُسَقِّف، ثمّ إذا قُسِّمت أضيف سقف البيت الأسفل إليه، ثمّ كذلك كلّ غرفةٍ وقِسْمٍ كذلك.

❀❀❀

[١٤٩٠] مسألة: [١/٧٦/أ] **قال: ومن كان له جدارٌ سِتْرُهُ لدارِ آخرَ، فسقط، فليس يكره علىٰ بنائه، ويَسْتُرُ من شاء علىٰ نفسه**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ من قِبَل أنّه لم يمتنع ببنائه عن حقٍّ لزمه فيُكره علىٰ ذلك؛ لأنَّ له أن يستر علىٰ نفسه إن شاء أو لا يستر، فإن أراد غيره أن يستر علىٰ نفسه كان له ذلك إن شاء.

❀❀❀

[١٤٩١] مسألة: قال: وليس للرجل أن يفتح كُوَّةً في جداره فيشرف منها علىٰ جاره، وأمّا كواء الضَّوءِ والرَّوْحِ التي يطّلع منها، فلا بأس(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ في اطلاعه علىٰ جاره وإشرافه عليه اضراراً منه به، وليس للجار أن يضر بجاره، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»(٣).

---

(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وقد حكاها ابن أبي زيد عن ابن عبد الحكم في النوادر [٦/ ٦٦]، وابن عبد البر في الكافي [٢/ ٤٢]، وينظر: البيان والتحصيل [٩/ ٢٢٠ و ٢٥٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٤)، المختصر الصغير، ص (٦٦٠)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [١١/ ٤١]، وينظر: التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٧٠].

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

وأمّا كواء الضوء والروح، فله أن يفتح ذلك إذا كان في ملكه، وليس لجاره أن يمنعه من ذلك، لأنّه لا ضرر عليه فيها وعلىٰ جاره ضررٌ بمنعه من ذلك.

❀❀❀

[١٤٩٢] مسألة: قال: وللرجل أن يرفع جداره وإن ستر علىٰ جاره، وإن منعه الشمس والرَّوح[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه يبني في ملكه وحقه، فليس لجاره أن يمنعه من ذلك، وإن كان بناؤه يستره من الشمس والرَّوح.

❀❀❀

[١٤٩٣] مسألة: قال: ومن أعار جاره خشبةً يغرسها في جداره، ثمّ أغضبه فأراد نزعها، فليس ذلك له، وأمّا إن احتاج إلىٰ ذلك لأمرٍ نزل به فذلك له، وإن أراد بيع داره، فقال: «أنا أنزع خشبك»، فليس ذلك له[٢].

✍ إنّما قال: «إنه ليس له نزع خشبه من داره إذا أغضبه»؛ فلأنَّ نزعها ليس هو علىٰ وجه انتفاع صاحب الجدار بنزعه إياها، وإنما هو علىٰ وجه الغضب منه والإضرار بربِّها، ولا ضرر ولا إضرار، كما قال رسول الله ﷺ.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٥)، وقد نقل ابن عبد البر هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في الكافي [٢/ ٩٤٠]، وينظر: التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٧٠]، النوادر والزيادات [١١/ ٣٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٥)، وقد نقل ابن عبد البر هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في التمهيد [١٠/ ٢٢٢]، وينظر: التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٦٩].

فأمّـا إذا أراد نزعها لأنْ ينتفع هو بمكانها، جاز له ذلك؛ لأنَّ نزعها هو علىٰ وجه انتفاعه هو بمكانها، لا أنّه علىٰ وجه الإضرار بصاحبها.

وكذلـك إذا [١/٧٦/ب] أراد بيـع داره لـم يكن لـه نزعها؛ لجـواز أن يتركها له المشتري؛ ولأنَّ نزعها له ليس لأنَّ ينتفع هو بمكانها، فليس له ذلك.

❀❀❀

[١٤٩٤] مسألة: قال: وليس يُقضىٰ علىٰ الرّجل أن يغرس خشبةً لجاره في جداره، وإنما نرىٰ أنَّ ذلك من رسول الله ﷺ علىٰ الوصاة بالجار[(١)].

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأنّه لا يجـوز أن يُجبر أحدٌ علىٰ أن يفعـل في ملكه ما يضـر به، مـن غير أن يجـب ذلك عليه بحـقٍّ واجـبٍ، إلّا بطيب نفـسٍ، وقد قال رسـول الله ﷺ: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[(٢)]، وقال: «**أَلَا إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ**»[(٣)].

فأمّا قول النبيِّ ﷺ: «**لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَـبَةً فِي جِدَارِهِ**»[(٤)]، فهـذا علىٰ وجـه الوصية بالجار ومعرفـة حقوقه، كما أوصىٰ اللـه تعالىٰ بالجار،

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٣٠٥)، المختصر الصغير، ص (٦٦٠)، وقد نقل ابن عبد البر هذه المسـألة عن ابن عبد الحكم في التمهيد [١٠/ ٢٢٢]، وينظر: التفريع مع شـرح التلمساني [٩/ ٢٦٨]، النوادر والزيادات [١١/ ٥٣].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٦٠ .

(٣) هـي قطعة وردت في عدد من الأحاديث، منها حديـث جابر في صفة حج النبيِّ ﷺ، أخرجه مسلم [٤/ ٣٨]، وهو في التحفة [٢/ ٣٠٣].

(٤) متفق عليه: البخاري (٢٤٦٣)، مسلم [٥/ ٥٧]، وهو في التحفة [١٠/ ٢١٥].

وكما قال النبيُّ ﷺ: «**مَا زَالَ جِبْرِيلُ يُوصِينِي بِالجَارِ حَتَّىٰ ظَنَنْتُ أَنَّهُ سَيُوَرِّثُهُ**»(١)، وكما قال صلىٰ الله عليه: «**مَا آمَنَ بِي مُسْلِمٌ، مَنْ بَاتَ شَبْعَانَـا وَجَارُهُ طَاوٍ**»(٢).

وهـذا كلـه إنّما هو علىٰ وجه الحثِّ علىٰ حقِّ الجـار المؤمن، لا علىٰ وجه الفرض والحتم، والله أعلم.

❀❀❀

[١٤٩٥] مسألة: قال: ومن كان له ممرٌّ في حائط رجلٍ إلىٰ مالٍ له وراء ذلك الحائـط، ولـم يكن الحائط مُحَظَّراً، فأراد أن يُحَظِّرَه ويجعل عليه بابـًا، فليس ذلك له إلّا برضا الذي الممر له.

وإن أراد أن يُحَظِّرَ ولا يجعل بابـًا يغلق، فليس ذلك له؛ خوفـًا أن يطول ذلك ويُنسىٰ فيُجْعَل عليه بابٌ، ويقال لصاحب الممر: «ثبت البيِّنة علىٰ ممرِّك»(٣).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ صاحب الممـرِّ يلحقه ضررٌ بحظر صاحب الحائط عليـه؛ لأنَّ ذلـك يؤدِّي إلىٰ منعه من الدخـول إلىٰ حائطه أي وقـتٍ أراد إذا حُظِّرَ علـىٰ الطريـق الذي له وقد جُعِـل عليه بابٌ إذا طال ذلك كما قال مالك، ويُنْسَـىٰ حق صاحب الممرِّ، ويكلف تثبيت ذلك، وفي ذلك كله ضررٌ عليه.

❀❀❀

---

(١) متفق عليه: البخاري (٦٠١٤)، مسلم [٨/ ٣٦]، وهو في التحفة [١٢/ ٤٢٨].

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة [١٥/ ٥٩٩]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [١٥/ ٥٨٥].

(٣) المختصـر الكبيـر، ص (٣٠٥)، النـوادر والزيـادات [١١/ ٥٧]، البيـان والتحصيل [٩/ ١٨٨].

[١/٧٧/أ] **[١٤٩٦] مسألة: قال: وإذا كان حائطٌ بين شريكين، فأراد أحدهما يغرس، فدعا صاحِبُهُ أن يحظر معه، فليس ذلك عليه**(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ صاحب الحائط يقدر علىٰ الانتفاع به من غير حظار، فليس عليه أن يحظره، يعني: يبني عليه حائطاً ويلزم نفسه نفقةً من غير ضرورةٍ منه إلىٰ ذلك، إلّا أن يحبَّ ذلك، فأمّا أن يجبر عليه فلا.

❀❀❀

[١٤٩٧] مسألة: قال: وإذا كان بين الرجلين جدارٌ فانهدم:

⇦ **فقد قيل: إنه لا يؤمر ببنائه.**

⇦ **وقيل: إنه يؤمر به، وذلك أحبُّ إلينا**(٢).

✍ وجه قوله: «إنه لا يؤمر ببنائه»؛ فلأنَّ هذا لا يُجْبَرُ علىٰ بناء مُلْكِهِ إذا لم يختر ذلك، ولا حق لأحدٍ عليه فيه، فأمّا إذا كان في بنائه حقٌّ لغيره فإنّه يجبر علىٰ ذلك إذا امتنع.

ووجه قوله: «إنه يؤمر بذلك»؛ فلأنَّ في امتناعه مع حاجته إلىٰ بنائه إضراراً بنفسه وبشريكه، فلا يُترك وذلك، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»(٣)، فليس له أن يدعَ بناء شيءٍ يحتاج إليه ويقصد بذلك الإضرار بشريكه،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٥)، النوادر والزيادات [١١/ ٥٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٥)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٧٢].

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

فإما بَنَىٰ، أو قَاسَمَ إن كان مثله ينقسم، أو باع ممن يبني مع شريكه، وهذا القول أقيس، والله أعلم.

❁❁❁

[١٤٩٨] مسألة: قال: وإذا كان شريكان في زُقَاقٍ ليس بنافذٍ[١]، وباب أحدهما علىٰ رأسه، وباب الآخر قريبٌ من أقصاه، ليس يذهب الأول إلىٰ الثاني إلّا لحاجةٍ، فأراد القاصي في الزقاق أن يفتح باباً يقدمه إلىٰ فم الزقاق في فناء نفسه فيما بين بابه وباب الذي علىٰ فم الزقاق، فإن كان ذلك يضر به فليس ذلك له، والناس يقبلون ويدبرون، والسَّرَقُ[٢] يكون في مثل هذا[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ في تقريب بابه من باب جاره إضراراً بجاره؛ لأنّه يُضيِّقُ فناءَه وموضع بابه ووقوف النّاس علىٰ باب جاره، وقد يؤدِّي ذلك إلىٰ السرق؛ لأنَّ جاره يترك التحرز إذا رأىٰ [١١/ ٧٧/ب] أحداً بقرب بابه؛ لأنّه يظن أنّه علىٰ باب جاره، فليس ذلك له.

فأمّا إذا أراد أنْ يُنَحِّي بابه عنه ويفتحه في فنائه فلا بأس بذلك؛ لأنّه يبعد

---

(١) قوله: «زُقَاقٍ ليس بنافذٍ»، الزقاق هو الطريق الضيق، دون السكة، والزقاق النافذ: هو الذي يسلكه عامة الناس، ليس بين قومٍ خاصٍ دون العامة، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٢٠٩)، لسان العرب [١٠/ ١٤٤]، و[٣/ ٥١٦].

(٢) قوله: «والسَّرَقُ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «والسوق».

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٥)، النوادر والزيادات [١١/ ٤٥].

بهـذا الضرر عن جاره، وليس يضره بشـيءٍ يفعله، فليس لجاره أن يمتنع عليه في ذلك، والله أعلم.

❀❀❀

[١٤٩٩] مسألة: قال: وإذا كانت لرجلٍ أرضان متصلتان، ولقومٍ بينهما فيها طريق إلىٰ مالٍ آخر بينهم أيضـًا، فغرس في أحد ماليه وَدِيًّا[(١)]، فأراد أن يرفع الطريق إلىٰ الأرض البيضاء[(٢)]؛ لرفقه به وبهم، وبُعْدِه من الوَدْيِ، وأسهل[(٣)]، فليس ذلك له إلّا برضاهم، إلّا أن يكون عَظْم الذِّرَاعِ[(٤)]، فلا مضرة عليهم في ذلك، ولا إثم عليه فيه إن شاء الله، وإن كان بعيداً، فليستأذنهم[(٥)].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنّـه إذا نحَّىٰ الطريق عن موضعه، أضر ذلك بأصحابه، فليس يجوز له فعل ذلك إلّا بإذنهم.

---

(١) قوله: «وَدِيًّا»، الوَدِيُّ هو الفسيل، سمي بذلك؛ لأنّه غصن يخرج من النخلِ، ثمّ يُقطع منه فيُغرس. ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٤٨٠).

(٢) قولـه: «يرفـع الطريق إلىٰ الأرض البيضـاء»، يعني: يرفع الطريق مـن أرضه التي زرع فيها، ويجعله في الأرض التي ليس بها زرع.

(٣) قوله: «وأسهل»، يعني: أسهل لهم في المرور، والله أعلم.

(٤) قوله: «عَظْم الذِّرَاعِ»، أي: بقدر عظم الذراع.

(٥) المختصر الكبير، ص (٣٠٦)، وقد نقل ابن عبد البر هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في الكافي [٢/ ٩٤٣]، وينظر: النوادر والزيادات [١١/ ٥٥].

فإذا كان شيئًا يسيراً لا يضر بهم جاز له فعله بإذنهم وغير إذنهم؛ لأنّه لا مضرة عليهم فيه.

❀❀❀

[١٥٠٠] مسألة: قال: ومن هارت بئره[١]، أُكْرِه جاره أن يسقيه فضل مائه؛ لئلا يهلك زرعه أو نخله، حتىٰ يُصْلِحَ[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ جاره الذي انهارت بئره به ضرورةٌ إلىٰ أن يسقيه فضل مائه؛ لئلا يتلف زرعه؛ لأنّه ينتفع بذلك ولا يضره هو سَقْيُ جاره بفضل مائه إذا أسقىٰ جاره بدلوٍ أو زرنوقٍ[٣] أو أشباه ذلك من عنده، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»[٤].

ورَوَىٰ مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لَا يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ**»[٥].

---

(١) قوله: «هارت»، أي: انهدمت، ينظر: طلبة الطلبة، ص (١٢٩).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٦)، المختصر الصغير، ص (٦٦٢)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٧٩].

(٣) قوله: «زرنوق»، هي كلمة مفردة، مثناها زرنوقان، وهما منارتان تبنيان علىٰ رأس البئر، أو حائطان أو عودان، تعرض عليهما خشبة، ثمّ تعلق منهما البكرة ويستقىٰ بها، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٢٠٨).

(٤) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

(٥) أخرجه مالك [٤/ ١٠٧٧]، ومن طريقه البخاري (٢٣٥٣)، ومسلم [٥/ ٣٤]، وهو في التحفة [١٠/ ١٩٠].

وروَىٰ مالـك والثوري، عن أبي الرِّجَالِ[١]، عن أمه عمرة: «**أَنَّ رَسُولَ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ نَهَىٰ أَنْ يُمْنَعَ نَقْعُ مَاءٍ فِي بِئْرِه**»[٢].

وروَىٰ القعنبـي، قـال: حدثنا خارجة بن عبد الله[٣]، عـن أبي الرِّجَالِ، عن أمـه عمرة، عن عائشـة، عن النبيِّ صلىٰ الله عليـه: «**أَنَّهُ نَهَىٰ أَنْ يُمْنَـعَ نَقْعُ مَاءٍ فِي بِئْرِه**»[٤].

❀❀❀

[١٥٠١] **مسألة:** [١/٧٨/أ] **قال: ولا تُبَاع مياه الماشية**[٥][٦].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حفر آبار الماشية إنّما يكون في عفو الأرض، وحيث لا ملـك لأحدٍ فيـه، وحفرها أيضـاً هو علىٰ وجه القربة إلىٰ اللـه عَزَّ وَجَلَّ، فلمن

---

(١) محمد بن عبد الرحمن بن حارثة الأنصاري، ثقة، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٨٦٩).

(٢) أخرجه مالك [٤/ ١٠٧٨]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [١٢/ ٢٣٤].

(٣) خارجة بـن عبد الله بـن سـليمان بن زيد بـن ثابت الأنصـاري المدنـي، صدوق له أوهام، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٢٨٣).

(٤) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد [١٣/ ١٢٥]، من طريق إسماعيل بن إسحاق القاضي، عن القعنبي، به.

(٥) قولـه: «ميـاه الماشـية»، هي التي تكون في بئر الماشـية، وبئر الماشـية: هـي ما حفره الرّجـل في غير ملكـه، علىٰ ما عهده مما يحفره الرّجل لماشـيته فـي البراري وفيافي القفار، ينظر: المنتقىٰ للباجي [٦/ ٣٥].

(٦) المختصر الكبير، ص (٣٠٦)، النوادر والزيادات [١١/ ٦].

حفرهـا أن يأخذ من الماء قدر حاجته إليه في سـقي ماشـيته، وليـس له أن يبيع ما فَضَل عن ذلك؛ لأنّه ليس ذلك له.

وقـد رَوَىٰ وكيـع، عـن ابن جريج، عـن أبي الزبيـر، عن جابر، قـال: «**نَهَىٰ رَسُولُ الله ﷺ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ المَاءِ**»(١)، وهي آبار الماشية.

ورَوَىٰ مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ قَالَ: «**لا يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الكَلأُ**»(٢).

فأمّا إذا حفر الانسان في ملكه بئراً للماشية أو الزرع، فله أن يبيع فضل مائه إن أراد ذلـك؛ لأنّهـا مُلكه وله أن يمنـع ذلك الناس، إلّا علىٰ مـا ذكرناه، وهو أن ينهـار بئر جاره وقد زرع عليها زرعـًا ويخـاف علىٰ زرعه العطش، فعلىٰ جاره أن يسـقيه فضل مائه إذا أسقىٰ صاحب الزرع ماله من عنده؛ لأنَّ الماء إذا استُقِيَ عاد مثله إذا كان نبعـًا، فلا مضرة عليه في ذلك، وفي منعه جاره مضرةً عليه في ذلك.

وهذا إذا كان جاره قد زرع علىٰ أصل ماءٍ، ثـمّ انقطع ماؤه، فأمّا إذا زرع علىٰ غير أصل ماءٍ، فليس علىٰ جاره أن يسـقيه فضل مائه؛ لأنَّ صاحب الزرع لم يجز لـه أن يتّـكِل علىٰ ماء غيره، ومن له أصلُ ماءٍ، ثـمّ انقطع فلم يتكل علىٰ ماء غيره، فوجب إعانته لضرورته إلىٰ ذلك.



---

(١) أخرجـه ابـن أبـي شـيبة [١١/ ٨٥]، ومن طريقـه مسـلم [٥/ ٣٤]، وهو فـي التحفة [٢/ ٣٢٢].

(٢) أخرجـه مالك [٤/ ١٠٧٧]، ومن طريقه البخاري (٢٣٥٣)، ومسـلم [٥/ ٣٤]، وهو في التحفة [١٠/ ١٩٠].

[١٥٠٢] مسألة: قال: وليس يُكْرَهُ صاحب بئر الزرع والنخل أن يسقي فضل مائه غيرَهُ، إلّا أن تهور بئره[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا قلنا: أنّه قد زرع على أصل ماءٍ، فجاءه ما لم يقدره في انقطاع مائه، فأمّا من زَرَعَ على غير ماءٍ، فهو الذي أتلف زرعه، وليس على جاره أن يسقيه.

❀❀❀

[١٥٠٣] مسألة: قال: وأمّا بئر الماشية، [١/٧٨/ب] فإنّه لا يمنع فضله؛ لأنّه مَنْعٌ للكلأ؛ لأنّه لا يستطيع أحدٌ إذا منع أن يرعى[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا قلناه، ولأنَّ النبيَّ ﷺ قال فيما رواه مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**لا يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الكَلَأُ**»[٣].

ورَوَى الأعمش، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله صلى الله عليه قال: «**لا يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الكَلَأُ**»[٤].

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٦).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٦)، المختصر الصغير، ص (٦٦١)، النوادر والزيادات [١١/٥].

(٣) تقدَّم قريباً.

(٤) أخرجه أبو داود [٤/ ١٧٢]، بهذا الإسناد، وهو في الصحيحين: البخاري (٢٣٥٣)، ومسلم [٥/ ٣٤]، من طريق الأعرج عن أبي هريرة، وهو في التحفة [٩/ ٣٥٠].

[١٥٠٤] مسألة: قال: ولا بأس ببيع بئر الزرع(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ البئر مُلكه، فلا بأس ببيعها وبيع مائها؛ من قِبَل أن الإنسان يجوز له أن يتصرَّف في ملكه ببيعٍ وهبةٍ.

وإنما الذي لا يجوز أن يبيع، ماء آبار الماشية إذا كانت في غير ملكه؛ لأنَّ حفرها هو علىٰ وجه السبيل، فجرت مجرىٰ الأحباس والصدقات والمساجد وما أشبه ذلك، أنَّ لأهلها الانتفاع بها دون بيعها، وكذلك لغيرهم الانتفاع بها.

❀❀❀

[١٥٠٥] مسألة: قال: ومن كانت له بئرٌ يسقي بها حرثه، فأراد آخر أن يحفر قريبًا منها:

⇦ فإن كان يضر به، مُنِعَ.

⇦ وإن كان لا يضر به، خُلِّيَ بينه وبينها.

وكذلك العيون يُمْنَع من حفرها إذا كان ذلك يضر بجيرانه، وإن كان ذلك في أرضه، إذا كان يجد عن ذلك مندوحةً(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه لا يجوز لأحدٍ أن يفعل شيئًا يضر بغيره، وسواءٌ ما فعله في ملكه أو غير ملكه إذا كان يجد غنًا عنه.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٦)، النوادر والزيادات [١١/ ٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٦)، النوادر والزيادات [١١/ ٢٢]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٦٢].

أما فـي غير ملكه فليس له فعل ذلك، وذلك كبئر يحفرها في صحراءٍ قرب بئرٍ قد تَقَدَّمه إلىٰ حفرها غيره، إذا كان يضر بمن تقدَّمه.

فأمّا في ملكه، فقد قال ابن القاسم عن مالك: «إنه ليس له أن يحفر بئراً يضرُّ ببئـر جـاره، وكذلك بجدار جاره»(١)؛ لأنّه لا يجوز لأحـدٍ أن يفعل ما يضر بغيره، سواءٌ كان في ملكه أو غير ملكه.

وحكىٰ ابن نافع وابن عبد الحكم، عن مالك: «أنَّ ذلك ليس له فعله إذا كان يجد مندوحةً عنه، فإن كان [١/٧٩/أ] لا يجد مندوحةً فله فعله»(٢).

ووجه هذا القول: أنَّ للإنســان أن يفعل في ملكه ما ينتفع به، وإن أدَّىٰ ذلك إلــىٰ الإضــرار بغيره، إذا كان لا يقصد الإضرار به، ولا يســتغني عن فعل ما يفعله فــي ملكه، فأمّا إذا اســتغنىٰ عنه أو وجد موضعـًا يبعد الضــرر عن جاره، فليس له فعلــه، وعليه أن يُبْعِد ذلك عنه؛ لأنّه يقدر أن ينتفع بما يريد فعله من حيث لا يضر بجاره، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»(٣).

فأمّـا حريم الآبـار والعيـون، فليس فيها حـدٌّ يثبت، وإنما ذلـك علىٰ وجه الاجتهاد، بقدر ما يبعد فيه الضرر من بعضهم لبعض، فأمّا تحديدٌ أو تقديرٌ فليس

---

(١) ينظر: المدونة [٤/ ٤٧٤].

(٢) ينظر: النوادر والزيادات [١١/ ٢٢].

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

فيه حديثٌ صحيحٌ يلزم قبوله، فكان الأمر علىٰ ما قاله مالك من تنحية الضرر من بعضهم عن بعض.

❀❀❀

[١٥٠٦] مسألة: قال: ومن كانت بينهما عينٌ، فزرع عليها أحدهما فقل ماؤها، فأراد أحدهما أن يرفع فيها، فمنعه صاحبه وقال: «أخاف عليها»، فإن كان ذلك يضر بتلك العين عند أهل البصر، فليس ذلك له، وقد قال رسول الله ﷺ: «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الكَلَأُ»(١)، وهو فضل آبار الماشية، وقوله: «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بئْرٍ»(٢)، وذلك بئر الرّجل ينهار فيقل ماؤها، فلا يمنعه جاره أن يسقي أرضه من بئره(٣).

✍ إنّما قال: «إنَّ لأحد الشريكين أن يمنع الآخر من رفع البئر إذا كان يخاف فيما يفعله انقطاع الماء الذي لهما، أو الضرر بالعين»؛ فلأنَّ في فعله ذلك إضراراً بشريكه، وليس له أن يفعل ما يضر بغيره إلّا بإذنه.

وإن كان فعله ذلك ليس يضر بهما، بل ينفعهما ذلك، فليس له منعه منه، وليس علىٰ شريكه أن يفعل ذلك معه إذا كان يصيبه من الماء ما يكفيه.

فأمّا إذا لم يصبه من الماء ما يكفيه، ولم يخف ذهاب ما هو موجودٌ من الماء بالعمل، فعليه أن [١/٧٩/ب] يعمل مع شريكه، ويكون الماء بينهما، فإن لم يعمل كان

---

(١) تقدَّم قريباً.

(٢) تقدَّم قريباً.

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٧)، النوادر والزيادات [١١/ ١٦].

لشريكه أن يعمل ويكون له ما فضل من الماء بالعمل حتىٰ يعطيه شريكه ما يخصه من النفقة، وقد فسر مالكٌ هذا كله في غير هذا الموضع[(١)].

❁❁❁

[١٥٠٧] مسألة: قال: وإذا كان للرجل الحائط فيه الكلأ، فلا يمنعه أحد، إلّا أن يكون يفسد عليه[(٢)].

✍ هذا هو علىٰ وجه الاستحباب منه، فأمّا الواجب فله منعه إذا كان في ملكه؛ لأنَّ للإنسان التّصرُّف في ملكه بالبيع وغيره، فأمّا الاختيار فهو أن لا يبيعه؛ لأنَّ الكلأ شيءٌ يحدث أولاً فأولاً من غير زرعٍ يزرعه، فهو بمنزلة الماء الذي يأتي أولًا فأولًا من غير أصلٍ يضعه صاحب الماء، فيستحب له أن لا يبيعه ويبيحه النّاس ولا يمنعهم، فإن باع ما كان في ملكه، فله ذلك.

❁❁❁

[١٥٠٨] مسألة: قال: ولا تورث مياه الماشية، وليس لهم فيها إلّا الشرب سواءٌ[(٣)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ حفر آبار الماشية إذا كان في فيافي الأرض، وحيث لا ملك للحافر فيها، فهو علىٰ وجه السبيل، فله أن ينتفع منها بقدر كفايته، ثمّ ما بقي يكون لجملة الناس.

---

(١) ينظر: المسألة رقم ١٥١٢ .

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٧)، النوادر والزيادات [١١/ ١٩].

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٧)، النوادر والزيادات [١١/ ٦].

وليس له بيع ذلك؛ لأنَّ حفره كان علىٰ وجه القربة إلىٰ الله تعالىٰ، ولأن ذلك في غير ملكه.

فأمّا إذا حفر في ملكه للماشية وغيرها فله بيع مائها، كما أنَّ له بيع أصل البئر.

وليس له بيع ماء البئر الذي ليس في ملكه، كما أنّه ليس له بيع أصلها.

وقد رَوَىٰ وكيع، عن ابن جريج، عن أبي الزبير، عن جابر، قال: «**نَهَىٰ رَسُولُ الله ﷺ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ المَاءِ**»[1]، وهي آبار الماشية.

وإذا كان أصل البئر ليس هو ملكاً لمن حفرها، لم تورث عنه؛ لأنَّ الوارث إنّما يرث ما كان يملكه الموروث عنه، لا ما كان لا يملكه.

❀❀❀

[١٥٠٩] مسألة: قال: **ومن هارت بئره، فليس علىٰ جاره أن يسقيه من ماء بئره** [١/ ٨٠/أ] **إذا لم يكن فيها فضلٌ عنه، وإنما يكون ذلك له إذا كان فيها فضلٌ.**

وليس له أن يقول: «أسقي وديي[2] حتىٰ يبلغ»، ولكن يسقيه حتىٰ يصلح بئره[3].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ صاحب الماء أحق بمائه من غيره، وإنما أُمِر أن

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٥٠١ .

(٢) تقدَّم أن الودي هو الفسيل، ينظر المسألة رقم ١٤٩٩ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٧)، النوادر والزيادات [١١/ ١٠].

يسقي جاره فضل مائه؛ لأنّه يستغني عنه وينتفع جاره من حيث لا يضره، فأمّا إذا لم يكن في مائه فضلٌ، لم يكن عليه أن يسقي جاره؛ لأنّه أحوج إليه وأحق به.

وقوله: «ليس عليه أن يسقي وديه حتىٰ يبلغ، ولكن حتىٰ يصلح بئره»؛ فلأنَّ صاحب الودي وكذلك صاحب الزرع ليس له أن يتكل علىٰ ماء جاره ويدع إصلاح بئره، بل عليه أن يُصلح ذلك، فمتىٰ ترك إصلاحه، لم يكن علىٰ جاره سقيه، كما أنّه ليس علىٰ جاره أن يبتدئ بسقيه إذا زرع أو غرس علىٰ غير أصل ماءٍ.

❁❁❁

[١٥١٠] مسألة: قال: وليس لآبار الماشية حَريمٌ[١]، إلاّ علىٰ اجتهاد الإمام في الضرر[٢].

✍ قد ذكرنا أنَّ ذلك إنّما هو علىٰ تنحية الضرر من غير حدٍّ محدودٍ من أذرعٍ وغيرها، وسواءٌ كانت بئر ماشيةٍ أو زرعٍ، يُبْعِدُ بعضهم الضرر عن بعض، كما قال رسول الله ﷺ: **«لا ضَرَرَ وَلا إِضْرَارَ»**[٣].

❁❁❁

---

(١) قوله: «حَريمٌ»، حريم الشيء: هي حقوقه ومرافقه التي حوله وأطرافه، وتسميته حريماً هو لأنَّ التّصرف به والانتفاع منه لغير مالكه حرام وممنوع، ينظر: شرح مجلة الأحكام [٣/ ٢٨٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٨)، المختصر الصغير، ص (٦٦٢)، النوادر والزيادات [١١/ ٢٢]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٦١].

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

[١٥١١] مسألة: قال: ومن ترك أرضًا براحًا[١]، فاقتسمت فبيعت وغُرِسَ فيها وعُمِّرَ، ثمّ باع بعضهم حظه، فقال من يمرُّ عليه بمائه: «لا أدعك تمر علي بمائك»، وذلك الماء منذ أربعين سنةً، ولا يعرف إلّا ذلك، فإنَّه ينبغي له أن يدعو بأَصْلِ قَسَمٍ[٢] كانوا عليه فيُحملوا عليه، فإن لم يكن لهم قسمٌ، أُقِرُّوا علىٰ حالهم[٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا كان لهم أَصْلُ قَسَمٍ، عُرِف مقدار حق كلّ واحدٍ منهم من الأرض والماء وكيف ممره، فحُمِلُوا علىٰ ذلك ومُنِعَ بعضهم من التعدِّي علىٰ بعضٍ في منع حقه.

وإذا لم يعرف لهم أَصْلُ قَسَمٍ، أُقِرَّت أيديهم علىٰ ما هي عليه؛ لأنّه لا يمكن أن يُحْكَم لبعضهم دون [١/ ٨٠/ب] بعضٍ؛ لأنَّ الحاكم لا يجوز له أن يحكم بغير بينةٍ ثبتت عنده أو إقرارٍ.

❀❀❀

[١٥١٢] مسألة: قال: وإذا كانت عينٌ بين نفرٍ فقَلَّ ماؤها، فلم تَكْفِ بعضًا وكفت بعضًا، فسأل من لم تكفه أن يَرْفَعَ فيها، فأبوا عليه، فإن شاء الذي لم تكفه أن يعمل ويكون ما فَضَلَ من الماء بعد حصتهم التي كانت قبل يعمل له دونهم، فذلك له.

---

(١) قوله: «براحًا»، البراح هو المكان الذي لا سترة فيه من شجر وغيره، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٣٩).

(٢) قوله: «بأَصْلِ قَسَمٍ»، أصل القسم هو تمييز بعض الأنصباء من بعض وإفرازها عنها، والمراد: الوثيقة التي كتب فيها، ينظر: المطلع علىٰ أبواب المقنع، ص (٤٩٠).

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٨)، البيان والتحصيل [٩/ ٢٠١].

ولا يؤمر من كره الرفع مع صاحبه أن يرفع معه، ولكن الرافع أحق بفضل الماء وبالماء كله إن كانت البئر أو العين خربت، حتىٰ يعطيه نصف النفقة، وليس له في الأرض شيءٌ، إنّما له الماء الذي اعتمل وأحيا.

والبئر والعين في ذلك سواءٌ.

وكذلك النخل ينهار بئرها فيعمرها أحدهما، فيكون له الماء، ولا يكون له في النخل شيءٌ.

وقد قيل: إنه إذا كانت البئر أو العين لم تنهدم وإنما أصابها شيءٌ، كُلِّفَ العمل معه إذا كانت لم تخرب ولكنه يخاف عليها إذا لم يعمر معه ذهب بقيتها؛ لأنَّ ذلك ضررٌ، وقد نُهِي عن الضرر، ولكن يخير علىٰ أن يبيع أو يعمر بالشرط، وإنما الذي لا يكلف معه إذا خربت، والأول أعجب إلينا.

وليس عليه إذا أعطىٰ نصف النفقة التي أنفق فيها شُرْبٌ من الماء إلىٰ أن أعطاه شيئًا، ولكن يكون ذلك بينهما فيما يستقبلان[(١)(٢)].

✍ وجه قوله: «إنَّ الشريك الذي يكفيه من الماء مقدار ما له، لا يُجْبر علىٰ النفقة مع شريكه الذي لا يكفيه من الماء مقدار ما له علىٰ العمل معه»؛ فلأنَّ الشريك الذي يكفيه ما له من الماء غير مضرٍّ بنفسه وبشريكه بترك العمل؛ لأنّه يستغني بمائه الذي له عما يريد بالعمل، ولعلَّ الماء الذي له يذهب بالعمل.

فأمّا إذا لم يكفه الماء الذي له، فقد قال مالك:

---

(١) من قوله: «وكذلك النخل ينهار»، إلىٰ هذا الموضع، ساقط من المطبوع.

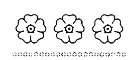
(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٨)، النوادر والزيادات [١١/ ١٢].

إنه يُجبر مع شـريكه علىٰ العمل؛ لأنّه مضرٌّ بنفسـه وبشـريكه بترك العمل؛ لأنّـه يحتاج إلىٰ المـاء والعمل فيه، وإنما يتركه إضراراً [١/ ٨١/أ] بشـريكه، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»(١).

أو يبيع ممن يعمل مع شريكه، لا بد له من أحد الأمرين.

وقـد قـال: «إنَّ لشـريكه أن يعمل وينفق ويكـون له الماء كلـه، وما زاد من الماء بنفقته حتىٰ يعطيه شريكه مقدار ما يخصه من النفقة التي أنفقها، ثمّ تكون له حصته من الماء من المسـتأنف، ولا شـيء له فيما تقدَّم؛ لأنَّ ذلك للشريك الذي أنفق بالنفقة».

وهذا القول كأنه أولىٰ؛ من قِبَل أنَّا نَقْدِرُ علىٰ إزالة الضرر عن الشريك الذي يريد العمل من غير بيع ملك الشريك الذي لم يرد العمل، ونصل إلىٰ إزالة الضرر عن كلّ واحدٍ منهما من غير بيع ملكه عليه.



[١٥١٣] مسألة: قال: وإذا كانت بئرٌ بين قومٍ يسقون عليها، فاقتسموها علىٰ مناضح خمسـةٍ، كلّ واحدٍ يسقي من منضحه مما يليه، ثمّ إنَّ بعضهم انقطع الماء من ناحية منضحه وارتفع التراب، فلا يقدر علىٰ أن يسـتقي شيئـًا، يرسل الدلو فلا يُخْرِجُ شـيئـًا، فأراد أن يسقي في مناضحهم أو يكلفوا العمل جميعـًا، فإن لم تكن لهم سُنَّةٌ يُحْمَلون عليها، كُلِّفُوا العمل حتىٰ يسقوا جميعـًا(٢).

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٣٠٨)، النـوادر والزيـادات [١١/ ١٥]، البيـان والتحصيل

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ ملك البئر بينهم، فعليهم جميعـًا العمل إذا احتاجوا إليه؛ لأنَّ أحدهم ليس أولىٰ بملك أصلها ومائه من الآخر، إلّا أن تكون لهم سُـنَّةٌ فـي عملهـا فيُحْمَلوا عليها، وما اقتسـموا مـن المناضح فهي مهايأةٌ[(١)]، لا قسـمةٌ واجبةٌ؛ لأنَّ البئر لا يُقسم.

❀❀❀

[١٥١٤] مسـألة: قال: وإذا غرَّت الأمة من نفسها فتزوجت حراً، أو اشترىٰ رجلٌ جاريةً فولدت له ولداً، فإنَّ السيد يأخذ أمته ويكون الولد علىٰ أبيهم بقيمتهم يوم يُحْكَم فيهم، فليس عليه فيمن مات قيمةٌ، ويُتْبَعُ به دينـًا إنْ لم يكن له مالٌ، ولا يُسْتَرَقُّ ولده.

وقد قيل في الأمة تُشْتَرىٰ فتُتَّخذُ أم ولدٍ فتُستحق: إنه ليس للمُسْتَحِق [١/ ٨١/ ب] **إلّا قيمتها، إلّا أن يكون عليه في ذلك ضررٌ، والأول أعجب إلينا**[(٢)(٣)].

✍ وجه قوله: «إنَّ سـيد الأمة يأخذها وقيمة ولدها من أبيهم»؛ فلأنَّ الأمة هي مُلْكُه ولم تخرج عن ملكه بما فعلت من تزويجها نفسها أو بيع غيره إياها بغير أمره.

[١٠/ ٢٥٧].

(١) قوله: «مهايأةٌ»، هي مقاسمة المنافع، ينظر: طلبة الطلبة، ص (١٢٧).

(٢) من قوله: «وقد قيل في الأمة»، إلىٰ هذا الموضع، ساقط من المطبوع.

(٣) المختصـر الكبير، ص (٣٠٨)، المختصر الصغير، ص (٦٦٣)، المدونة [٢/ ١٣٩]، مختصـر أبي مصعـب، ص (٤٥٣)، التفريع مع شـرح التلمسـاني [٩/ ٢١٢]، البيان والتحصيل [٥/ ٧٣].

وأمّا أخذ قيمة ولدها؛ فلأنهم عبيده، فله أخذ قيمتهم؛ لأنّه لا يجوز إخراجهم عن ملكه بغير بدلٍ يُدفع إليه، فأمّا أخذهم فليس له ذلك.

وإنما لم يكن له أخذهم؛ لأنَّ أباهم دخل علىٰ أنَّ ولده حرٌّ، وليس هو متعدٍّ بالوطء؛ لأنّه وطئ من له أن يطأ في الظاهر، فكان ولده حرّاً عليه بالقيمة.

ووجه قوله: «إنَّ له أنْ يأخذ قيمة الأمة وقيمة ولدها، وليس له أخذها»؛ فلأن الأمة قد ثبت لها حرمة حُرِيَّةٍ بِحُرِيَّةِ ولدها، فصارت أم ولدٍ للواطئ؛ لأنّه وطئ وله أن يطأ في الظاهر، فلم يكن للمستحق أخذها، وكان له أخذ قيمتها، كما أنَّ ذلك له في ولدها.

وقوله: «إنَّ قيمة الولد يوم يحكم فيهم لا ما قبله»؛ فلأنَّ ذلك هو وقت الاستحقاق، فله قيمتهم حينئذٍ، فأمّا من مات قبل ذلك فلا قيمة له؛ لأنَّه مات في ملكه، ولم يكن لأبيه صنعٌ فيه.

وليس يشبه هذا الغاصب إذا وطئ؛ لأنَّ الغاصب زانٍ ولا حرمة لوطئه، وولده عبدٌ لسيد الأمة، لا يثبت نسبه منه.

بل يشبه هذا المشتري شراءً فاسداً للأمة إذا وطئها، أنَّ ولده حرٌّ، وأنها تصير أم ولدٍ، فهذا وجه هذا القول.

فأمّا علىٰ القول الأول، فبين وطء المشتري للأمة شراءً فاسداً إذا باعها سيدها وبين الوطء لها إذا باعها غير سيدها أو غرت من نفسها فتزوجت علىٰ أَنَّهَا حرةٌ فرقٌ بَيِّنٌ، وهو أنَّ الواطئ للأمة بالشراء الفاسد إذا باعها سيدها، فالسيد الذي سلَّطَه علىٰ ملكها، فوطْؤه هو بسبب مُلْكٍ مَلَّكَه مَنْ له أن يملكه، [١/٨٢/أ]

فصارت أم ولدٍ لهذه العلة؛ لأنَّ الحجة علىٰ بائعها المالك لها في ذلك؛ لأنّه دخل علىٰ أَنَّهَا تصير أم ولدٍ.

وليس كذلك مالكها إذا باع عليه غيره بغير أمره؛ لأنّه متعدَّىٰ عليه، ولا يلزمه تعدِّي غيره.

وكذلك إذا تزوجت علىٰ أَنَّهَا حرةٌ، فهي المتعدِّية علىٰ سيدها وزوجها، وليس يلزم ذلك سيدها، فافترقا لهذه العلة.

والصحيح من القول: أنَّ له أخذ الأمة وقيمة الولد.

❀❀❀

[١٥١٥] مسألة: قال: وإذا غرت أمُّ الولد من نفسها فولدت، ثمّ استحقها سيدها، فإنَّ الولد يُقَوَّمون علىٰ أبيهم علىٰ أنهم أحرارٌ بعد موت سيدهم، ويُخَفَّفُ عنهم في القيمة.

فإن لم يقام الولد حتىٰ مات سيد أم الولد، فلا شيء له ولا لورثته؛ لأنهم قد عتقوا بعِتقها[(١)].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حكم ولد أم الولد حُكْمُهَا في عقد الحرية التي قد ثبتت لها إذا كانوا من زوجٍ أو زنا.

فأمّا إذا كانوا من سيدها فهم أحرارٌ، فوجب قيمتهم لسيدها، كما تجب

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٩)، المدونة [٢/ ١٤٠]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢١٤].

قيمـة أم الولد لسـيدها إذا قُتِلـت، فكذلك تجب قيمة الولد علىٰ أبيهم لسـيدهم؛ لأنهم قد أُخرِجوا عن ملكه.

ولم يكن لسيدها أخذهم؛ لأنَّ أباهم وهو الواطئ، دخل علىٰ أنَّ ولده حرٌّ، فلم يجز استرقاق ولده.

ويخفف في القيمة كما قال مالك؛ لأنهم ليسوا بعبيدٍ قِنٍّ(1) فيكون حكمهم في القيمة حكم العبيد؛ لِمَا قد ثبت لهم من عقد الحرية بعقد أبيهم.

فإن تأخرت قيمتهم حتىٰ مات سـيدهم، لم يكن لهم قيمةٌ؛ لأنهم قد عُتِقوا بعِتق أمهم، ولا قيمة للحرِّ، والله أعلم.

❀❀❀

[١٥١٦] مسألة: قال: **وما أفسدت المواشي والدواب من الزرع والحوائط بالليل، فضمان ذلك علىٰ أهلها، وما كان بالنهار، فلا شيء علىٰ أصحاب الدواب، ويُقَوَّم الزرع الذي أفسدت علىٰ** [١/ ٨٢/ ب] **الرجاء والخوف**(2).

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنَّ علىٰ أرباب المواشـي حفظها بالليل؛ إذ لا ضرورة

---

(١) قولـه: «قِن»، القن: هـو العبد الذي مُلِكَ هـو وأبواه، ينظر: المغـرب للمطرزي، ص (٣٩٥).

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٣٠٩)، المختصـر الصغيـر، ص (٦٦٣)، وقـد نقل ابن عبد البر هذه المسـألة عن ابـن عبد الحكم في الكافـي [٢/ ٨٥١]، والتمهيد [١٢/ ٨٢]، وينظر: النوادر والزيادات [١١/ ٦٥]، التفريع مع شـرح التلمساني [٩/ ٢٠٠]، البيان والتحصيل [٩/ ٢١٠].

بهم إلىٰ إخراجها وتسريحها للرعي، فمتىٰ أطلقوها فأفسدت زرع قومٍ، كان عليهم الغُرم؛ إذ هم مُفَرِّطون.

وقد رَوَىٰ سفيان بن عيينة، حدثنا الزهري، أنّه سمع سعيد بن المسيب وحرام بن سعد بن مُحَيِّصَةَ[1] يحدثان: «**أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ دَخَلَتْ حَائِطَ قَوْمٍ فَأَفْسَدَتْ، فَقَضَىٰ رَسُولُ الله ﷺ، أَنَّ عَلَىٰ أَهْلِ الأَمْوَالِ حِفْظُ أَمْوَالِهِم بِالنَّهَارِ، وَعَلَىٰ أَهْلِ المَاشِيَةِ مَا أَصَابَتْ مَوَاشِيهِمْ بِاللَّيْلِ**»[2].

ورَوَىٰ الثوري، عن عبد الله بن عيسىٰ[3]، عن الزهري، عن حرام، عن النبيِّ صلىٰ الله عليه مثله[4].

ورَوَىٰ مالك، عن ابن شهاب، عن حرام: «**أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ**»[5].

فأمّا النهار فلا غُرم عليهم فيما أفسدت من الزرع؛ لأنَّ بهم حاجةً وضرورةً إلىٰ إرسالها للرعي، فوجب علىٰ أهل الحوائط حفظ أموالهم بالنهار، فمتىٰ لم

---

(١) حرام بن سعد بن محيصة بن مسعود الأنصاري، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٢٢٨).

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقىٰ، ص (٢٩٧)، وأبو داود [٤/ ٢٠٥]، وابن ماجه [٣/ ٤٢٣]، والنسائي في الكبرىٰ [٥/ ٣٤٤]، ومالك [٤/ ١٠٨٢]، وهو في التحفة [٢/ ١٣].

(٣) عبد الله بن عيسىٰ بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ الأنصاري الكوفي، ثقة فيه تشيع، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٥٣٣).

(٤) أخرجه النسائي في السنن الكبرىٰ [٥/ ٣٣٤]، بهذا الإسناد.

(٥) أخرجه مالك [٤/ ١٠٨٢]، بهذا الإسناد.

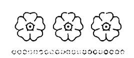
يفعلوا ذلك، فهم مفرطون مُضَيِّعون، ولا نعلم خلافاً أنّه لا شيء على أرباب الماشية بالنهار.

وقوله: «إنَّه يُقَوَّم الزرع الذي أفسدت على الرجاء والخوف»؛ فلأنه لمَّا لم يكن بدٌّ من قيمته، ولم تجز قيمته على أنّه يَسْلَمُ لا محالة، ولا على أنّه يتلف لا محالة، وجب قيمته على الرجاء للسلامة، والخوف للتلف.

كما جُعِل ذلك في جنين الأمة، أنَّ فيه عُشْر قيمتها، لا قيمة ما يسوى في الحال، ولا قيمته إذا خرج حيّاً؛ لأنَّ ذلك غير مُتيَقنٍ.

وكذلك جنين الحرة فيه عُشْر ديتها، لا قيمته في الحال، ولاديته إذا خرج حيّاً، بل جُعِل فيه غرة عبدٍ أو أمةٍ، هي وسطٌ ما بين قيمته في الحال، وديته إذا خرج حيّاً، وكذلك جنين الأمة.

فوجب أن تكون كذلك قيمة الزرع على الرجاء والخوف، لا على التلف لا محالة، أو السلامة . لا محالة.



[١٥١٧] مسألة: قال: **وإذا تُقُدِّمَ إلى أصحاب الكلب الضاري أو** [١/ ٨٣/أ] **البعير أو الدابة، فما أفسدت ليلاً أو نهاراً فعليهم غرمه**(١).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٩)، وقد نقل ابن عبد البر هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في الاستذكار [٢٢/ ٢٥٤]، والتمهيد [١١/ ٨٣]، وفي الكافي [٢/ ٨٥١]: «فإن تُقُدِّمَ إلى ربِّ الجمل الصائل والكلب العقور والدابة الضارية المعتادة للانفلاتات على الزرع نهيٌ فلم ينته، ضمن ما كان من ذلك في ليل أو نهار»، وينظر: المدونة [٤/ ٦٦٦].

✍ إنّمـا قال ذلك؛ لأنهم مُتعدُّون بإمسـاكها[١] بعـد التقدمة إليهم، فلزمهم ضمان ما أفسدوا؛ لأنّه كان عليهم أن لا يمسكوها إذا تقدَّم إليهم.

وذلك بمنزلة الحائط المائل إذا تقدَّم إلىٰ صاحبه في نقضه، فلم يفعل حتىٰ أتلف إنسانـًا أو شيئـًا، أنَّ عليه قيمة ذلك في ماله، أو الدية علىٰ عاقلته.

❀❀❀

[١٥١٨] مسـألة: قـال: والحوائـط التي تُحْـرَس والتي لا تحرس سـواءٌ، والمُحظَّرِ عليها وغير المحظر سـواءٌ، يغرم أهلها مـا أصابت بالليل بالغـًا ما بلغ، وإن كان ذلك أكثر من قيمتها[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا قلناه، ولا فرق في غرم ذلك بين المُحَظَّرِ من الحيطان وغيرها؛ لأنَّ ما أتلف منه هو بتفريط صاحب الماشـية، فعليه قيمة ذلك كله بالغـًا مـا بلـغ، كما لو أتلف هو شـيئـًا أو تلف بفعله، لـكان عليه قيمته بالغـةً ما بلغت، فكذلك هذا.

❀❀❀

[١٥١٩] مسـألة: قال: ولو انفلتت الدابة بالليل فوطئت علىٰ رجلٍ نائمٍ، لم يغرم صاحبها شيئـًا، وإنما هذا في الحوائط والزرع[٣].

---

(١) قوله: «بإمساكها»، كذا في شب، ولعلها: «بإرسالها».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٠٩)، وقد نقل ابن عبد البر هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في الكافي [٢/ ٨٥١]، والتمهيد [١١/ ٨٣].

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٠٩)، وقد نقل ابن عبد البر هذه المسألة عن ابن عبد الحكم

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ النائم قد كان قادراً أن يتحرَّزَ فيتَنَحَّىٰ عن طريق الماشية، أو ينام في موضعٍ لا تناله الماشية، وليس كذلك الحيطان والزرع؛ لأنّه لا يمكن تنحيتها والاحتراز لها.

وقد رَوَىٰ مالك، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، أن النبيَّ صلىٰ الله عليه قال: «**العَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ، وَالبِئْرُ جُبَارٌ، وَفِي الرِّكَازِ الخُمُسُ**»[(١)]، فوجب بهذا الحديث أن لا يكون علىٰ صاحبها شيءٌ مما جرحتْ أو جنتْ، إلّا ما قامت الدلالة علىٰ أنّه يلزمه ذلك، وهو ما ذكرناه مما تفسده من الزرع ليلاً، لوجوب الجمع بين الحديثين واستعمالهما من حيث لا يُسْقِط أحدهما الآخر؛ إذ ليس أحدهما أولىٰ بالاستعمال من الآخر[(٢)].

۞۞۞

في الكافي [٢/ ٨٥١]، والتمهيد [١١/ ٨٣].

(١) أخرجه مالك [٥/ ١٢٧٦]، وهو متفق عليه: البخاري (٦٩١٢)، ومسلم [٥/ ١٢٧]، وهو في التحفة [١٠/ ٤١].

(٢) إلىٰ هنا انتهت القطعة الموجودة، ولا أدري هل ينتهي الباب بنهايتها أم لا، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع بعضاً من شرح الأبهري، هو كالتالي:

فيمن وجد في زرعه دابّةً فربطها حتّىٰ ماتت

[٣٥٦] - (قال مالكٌ رحمة الله عليه: ومن وجد دابّةً في زرعه فربطها حتّىٰ ماتت، ضمنها)

قال في شرح التفريع [٩/ ٢٠٢]: «قال الأبهري رحمه الله: لأنّه متعدٍّ بربطها، فإذا تلفت فعليه قيمتها؛ لأنّها تلفت بجنايته وفعله».

فيمن تعدّىٰ علىٰ بهيمة

[٣٥٧] - (ومن جنىٰ علىٰ بهيمةٍ جنايةً، فعليه ما نقص من ثمنها، ومن تعدّىٰ علىٰ دابّة رجلٍ فقطع ذنبها أو أذنها، أو شانها في محاسنها شيناً فاحشاً، فإن كانت من دوابّ الرّكوب والزّينة، ففيها روايتان:

إحداهما: أنّ عليه ما نقص من ثمنها، بالغاً ما بلغ.

والأخرىٰ: أنّ ربّها بالخيار بين أخذ قيمتها وتركها للجاني عليها، وبين أخذها معيبةً وأخذ أرش عيبها.

وإن كانت من دوابّ الحمل والنّقل، فعليه ما نقص من ثمنها بالغاً ما بلغ، إلّا أن تكون الجناية أذهبت جلّ منافعها، فتكون فيها روايتان علىٰ ما بيّناه)

قال في شرح التفريع [٩/ ٢١٥]: «اعلم أنّ الجناية علىٰ ضربين: جناية تبطل يسيراً من المنفعة ويبقىٰ جلّ المنفعة، فهذا يجب علىٰ الجاني ما نقص....

قال الأبهري: ولأنّه أتلف علىٰ صاحبها شيئاً كان يملكه، فعليه قيمة ما أتلف ذلك، كما لو أتلفها كلّها، لكان عليه قيمتها».

وقال أيضاً في [٩/ ٢١٦]: «والضرب الآخر يبطل الغرض المقصود من الدّابة الذي تراد له....

قال الأبهري رحمه الله: ولأنّ إتلاف جلّ المنفعة كإتلاف كلّها؛ لأنّ النّاس إنّما يريدون السّلع للانتفاع بها، فإذا أتلف غرضهم في الانتفاع بها، كان علىٰ متلف ذلك قيمة ما أتلف، فإن لم يتلف غرضهم بالجناية، كان له ما نقص بالجناية من المنفعة دون القيمة كلّها؛ لأنّ الجناية لم تتلف غرضه من الشّيء المجني عليه».

فيمن خاف حيواناً علىٰ نفسه فقتله

[٣٥٨] - (مسألة: قال مالكٌ: ومن خاف جملاً علىٰ نفسه فقتله، فهو له ضامنٌ، إلّا أن تكون له بيّنةٌ أنّه أراده وصال عليه، فلا يغرم).

قال في شرح التفريع [٥/ ٣٣٥]: «قال الأبهري: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ القيمة عليه

في الظّاهر بإتلافه مال غيره، حتىٰ يُعلَم أنّه كان له أن يتلفه، وهو أن يقيم بيّنةً أنّه صال عليه.

فإذا ثبت ذلك، لم تكن عليه قيمةٌ لصاحبه، بدلالة جواز قتل المسلم متىٰ أراد قتل غيره، وهو أعظم حرمةً من الجمل وغيره من الحيوان، فلمّا لم يكن عليه في الحرّ المسلم الدّية إذا أراد قتله، فكذلك لا تجب عليه قيمة الجمل الصّائل لصاحبه.

فإن قيل: إنّ الإنسان إذا أراد قتل غيره، فقد أبطل حرمة نفسه بفعله ما لا يجوز وما يُسْتَحَلُّ به دَمُهُ، فأشبه ذلك الزّاني، والقاتل، فإنّ قتلهم جائزٌ لما فعلوه، وليس كذلك الجمل الصّائل؛ لأنّه لا إرادة له في قتل نفسه؛ بل تجب قيمته لصاحبه؛ لأنّه ملك غيره؟

قيل له: لو وجب فيه قيمته لأنّه ملك غيره، لوجب أن تكون عليه قيمة العبد إذا أراد قتل غيره، فلمّا لم تجب في العبد قيمةٌ وإن كان ملك غيره، فكذلك الجمل.

فإن قيل: إنّ العبد له إرادةٌ، وليس كذلك الجمل؟

قيل له: وكيف تسقط القيمة التي للسيّد بإرادة غيره، وهو العبد، فإذا جاز ألّا تكون للسيّد قيمة عبده بجنايته وإن لم يكن للسيّد في ذلك صنعٌ، جاز أن لا تكون له قيمة جمله بجناية جمله، سواءٌ كانت له إرادةٌ أو لم تكن.

كتاب الرضاع

التحريم بالرّضاع يحصل بالمصّة الواحدة ورضاع الكبير

[٣٥٩] - (والمصّة الواحدة من الرّضاع محرّمةٌ.

وتحريم الرّضاع في الحولين وما قاربهما كالشّهر ونحوه، ولا حرمة له بعد ذلك).

قال في شرح التفريع [٧/ ٦٥]: «قال الأبهري: فإن قيل: فقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنّها قالت: «كَانَ فِيمَا أُنْزِلَ مِنَ القُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ يُحَرِّمْنَ، ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ، فَتُوُفِّيَ رَسُولُ الله ﷺ وَهُنَّ فِيمَا يُتْلَىٰ مِنَ القُرْآنِ»؟



قيل له: معنىٰ هذا الخبر: إنّ ممّا نزل من حكم القرآن، لا أنّها كانت قرآناً؛ لأنّها لو كانت قرآناً لوجدت، وليس يجوز عندنا أن يرفع الخطّ والرّسم ويبقىٰ الحكم.

والدليل علىٰ أنّ السنّة تُتلىٰ وتُذكَر كما يذكر القرآن ويتلىٰ، قوله تعالىٰ: ﴿وَاذْكُرْنَ مَا يُتْلَىٰ فِي بُيُوتِكُنَّ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ وَالْحِكْمَةِ﴾[الأحزاب:٣٤] فآيات الله القرآن، والحكمة: معنىٰ القرآن وسنَّةُ رسول الله ﷺ، وذلك يتلىٰ ويذكر كذكر القرآن وتلاوته، وإذا كان كذلك، كان تحريم الرّضاع بعشرٍ هو سنّة رسول الله ﷺ، لا بقرآنٍ وقد نسخ؛ لأنّ تحريم الرّضاع كان قديماً في الجاهليّة، ثمّ جاء القرآن بإقراره بعد أن كان النّبيّ ﷺ جعل للتحريم حدّاً، ثمّ زال ذلك كلّه وجاء القرآن بالتّحريم من غير تحديدٍ.

قال الأبهري: ومما يدلّ علىٰ صحّة ما قلنا: إنّ الخمس رضعاتٍ ليس بحدٍّ في التّحريم، أنّ عائشة رضي الله عنها روت التّحريم بعشرٍ وأنّه نسخ بخمسٍ، وكانت لا ترىٰ التّحريم يقع بخمسٍ، فلو كان العشر منسوخاً بخمسٍ لكانت تأخذ به، فدلّ علىٰ أنّ تحريم الخمس لم يكن بمستقرٍّ ولا هو بحدٍّ محدودٍ، وإذا كان كذلك، وجب أن يؤخذ بظاهر القرآن وسنن رسول الله ﷺ علىٰ ما ذكرناه وبيّنّاه.

قال الأبهري: فإن قيل: فقد روي عن النّبيّ ﷺ أنه قال: «لَا تُحَرِّمُ المَصَّةُ وَلَا المَصَّتَانِ»؟

قيل له: معنىٰ هذا الحديث حين كانت العشرات محرِّمةً.

ألا ترىٰ: أنَّ ظاهر هذا الحديث يوجب تحريم ما زاد علىٰ المصّتين، وليس يقول ذلك مخالفنا في هذه المسألة، فكذلك تحريم ما دون الرّضعة والرّضعتين ليس يمنع أن يكون ذلك واجباً بالدليل الذي ذكرناه.

علىٰ أنّ هذا الحديث غير متّفَقٍ علىٰ إسناده؛ لأنّه يقال تارةً عن عبد الله بن الزبير عن النّبيّ ﷺ، وتارةً عن عبد الله بن الزّبير، عن عائشة رضي الله عنها، وصحّتُهُ من قول عائشة رضي الله عنها».

وقال أيضاً في [٧/ ٦٨]: «وأمّا ما قارب الحولين فمختلف فيه، فقال مالكٌ: زيادة الأيّام اليسيرة تحرّم، ورواه ابن عبد الحكم.

قال الأبهري: لأنّ مدّة الحولين لمّا كانت غير محدودةٍ حتىٰ لا تزيد ولا تنقص، كان ما قارب الحولين مثلهما، لجواز أن يكون ذلك في وقتٍ من الحولين.

ألا ترىٰ: أنّ الشّهر يزيد وينقص، فمرّةً يكون ثلاثين، ومرّةً يكون تسعاً وعشرين.

فجعل مالكٌ ما قارب الحولين كالحولين في وقوع حرمة الرّضاع فيه.

ولأنّه لم يستغن كل الغناء بالطّعام عن اللّبن.

علىٰ أنّ هذا القول عن مالكٍ يشبه أن يكون علىٰ وجه الاحتياط لا القياس والله أعلم».

وقال أيضاً في [٧/ ٦٩]: «وأمّا قوله: ولا حرمة له بعد ذلك....

قال الأبهري: ولأنّ الكبير مستغنٍ بالطّعام، وليس كذلك الصّغير، فلم تكن الحرمة في الكبير كهي في الصّغير؛ لاختلاف منافعهما.

فإن قيل: فقد روي عن النّبيّ ﷺ أنّه قال لسهلة: «أَرْضِعِي سَالِمًا خَمْسَ رَضَعَاتٍ يَدْخُلُ عَلَيْكِ بِهَا»، وكان كبيراً.

قيل له: هذا مخصوصٌ بسالمٍ دون غيره.

وقد أبىٰ أزواج النّبيّ ﷺ رضاعة الكبير غير عائشة، وقلن: «مَا نَرَىٰ ذَلِكَ إِلَّا رُخْصَةً مِنَ النَّبِيِّ ﷺ لِسَالِمٍ دُونَ غَيْرِهِ».

من رضع من امرأةٍ، حرم عليه نكاح بناتها، ولا يحرم علىٰ أخيه

[٣٦٠] - (وإذا ارتضع صبيٌّ من امرأةٍ فلا يحل له نكاح أحدٍ من بناتها، ممّن أرضعته معه أو قبله أو بعده، ولا بأس أن ينكح أخوه ابنتها؛ لأنّه لا حرمة بينه وبينها).

قال في شرح التفريع [٧/ ٧٤]: «ولا بأس أن ينكح أخوه ابنتها؛ لأنّه لا حرمة بينه وبينها.

قال الأبهري: لأنّ أم أخي الإنسان من الرّضاعة، ليست أمّه من الرّضاعة؛ وكذلك

أخت أخيه من الرّضاعة أجنبيةٌ منه، فلا بأس أن يتزوجها؛ وإنّما تحرم علىٰ أخيه دونه».

من رضع من امرأةٍ حرم عليه بناتها من زوجها الحالي، ومن السابق، وحرم عليه بنات الزوج من زوجته التي رضع منها ومن غيرها

[٣٦١] - (ومن ارتضع من امرأةٍ ذات زوجٍ، ثبتت الحرمة بينه وبينها وبين زوجها، ولا يحلّ له نكاح أحدٌ من ولد تلك المرأة من ذلك الزّوج أو من غيره، ولا يحلّ له نكاح أحدٍ من ولد ذلك الزّوج، من تلك المرأة ولا من غيرها)

قال في شرح التفريع [٧/ ٧٥]: «قال الأبهري: وروىٰ مالكٌ، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة أنّها قالت: «جَاءَ عَمِّي مِنَ الرَّضَاعَةِ، فَاسْتَأْذَنَ عَلَيَّ، فَأَبَيْتُ أَنْ آذَنَ لَهُ حَتَّىٰ أَسْأَلَ النَّبِيّ ﷺ، فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَ: إِنَّهُ عَمُّكِ فَأْذَنِي لَهُ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ الله، إِنَّمَا أَرْضَعَتْنِي المَرْأَةُ وَلَمْ يُرْضِعْنِي الرَّجُلُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: إِنَّهُ عَمُّكِ فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ، قَالَتْ عَائِشَةُ: وَذَلِكَ بَعْدَ أَنْ ضُرِبَ عَلَيْنَا الحِجَابُ»، وقالت عائشة: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الوِلَادَةِ».

اللّبن للفحل

[٣٦٢] - (وإذا كان للرّجل امرأتان فأرضعت إحداهما غلامًا وأرضعت الأخرىٰ جاريةً، فلا يجوز أن يتناكحا؛ لأنّهما أخوان للأب، وإن كانت الأمّان مفترقتين).

قال في شرح التفريع [٧/ ٧٧]: «قال الأبهري: ولأنّ أصل اللّبن هو واحدٌ، وهو ماء الرّجُلِ؛ لأنّ الماء يهيّج اللّبن، ويحرِّكُه.

ألا ترىٰ: أنّها بالوطء تحمل وبالحمل يحدث اللّبن، وصاحب اللّبن واحدٌ.

في رضاع المرأة البكر أو العجوز

[٣٦٣] - (وإذا أرضعت المرأة التي لم تلد أو العجوز التي قعدت عن الولد صبيًّا، فرضاعها يُحرِّمُ)

[١/١٣٥/ب] (١) ولا مـا يصلحهـا، فكانت أمها أولىٰ بها وأشـفق عليها وأصون

قال في شرح التفريع [٧/ ٧٨]: «وإنّما قال ذلك؛ لأنّه لبن آدميَّةٍ غُذِّيَ به صغيرٌ وانتفع به، فحَرُمَ.

ولعموم قوله تعالىٰ: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾.

قال الأبهري: فعلىٰ أي وجهٍ كان إرضاعهما يُحَرِّم، سواءٌ كانت ذات زوجٍ أم لا، كانت شابّةً أو عجوزةً؛ لعموم إيجاب الله تعالىٰ التَّحريم برضاعهما».

(١) من هنا تبتدئ القطعة الموجودة من الحضانة وما بعدها.

ويشـبه أن تكون المسـألة التي يشـرحها الأبهري، ما في التفريع مع شـرح التلمساني [٧/ ٣٤٠]: «وحضانة الغلام حتىٰ يحتلم. وقد قيل حتىٰ يثغر، وحضانة الجارية حتىٰ تحيض وتتزوج ويدخل بها زوجها».

وقـد نقل التلمسـاني طرفـًا من شـرح الأبهري للمسـألة مما هو غيـر موجود في هذه القطعـة، فقـال: «قال الأبهـري: والإثغار هو أول حـدّ الصّبيّ، التّنقّل مـن الصّغر إلىٰ الكبر، فيصير أولىٰ بنفسه ممّن يحضنه ويقوم عليه».

ونقل أيضـًا: «وأمّا الإناث فحتّىٰ يتزوّجن ويدخل بهنّ أزواجهنّ....

قـال الأبهري: لأنّها محجورةٌ مقصورةٌ، لا تعرف أمـر النّاس ولا ما يصلحها، فكانت أمّها أولىٰ وأشفق عليها وأصون حتّىٰ تتزوّج فتستغني عن أمّها».

كما نقل التلمسـاني في شـرحه عن الأبهري شرح المسألة التالية المثبتة في المختصر الصغير، ص (٥١٤):

[٣٦٤] - (ومن طلّق امرأته وله منها ولدٌ صغيرٌ، ثمّ أراد أن يشخص إلىٰ بلدٍ آخر، فله أخذ ولده، وإن كان إنّما يريد أن يخرج لتجارةٍ، فليس ذلك له)

قال في شرح التفريع [٧/ ٣٣٣]: «قال الأبهري: وإنّما قال مالك: إنّ له أن يأخذ ولده إذا أراد النّقلـة عن البلـد الذي فيه الأمّ؛ فلأنّ ترك أخذه معه ضـررٌ علىٰ الولد؛ لأنّه لا يقـدر علىٰ تعاهدهم وتفقّدهم وإذنهم والقيام عليهم بمـا يصلحهم، وليس أحدٌ يقوم مقامه في ذلك.

لهـا حتىٰ تتزوج فتسـتغني بزوجها عن أمها، فلهذا قال: «إنَّ حدَّ اسـتغناء الجارية عن الحضانة أن تتزوج»؛ لأنّها تخرج من كفاية الحضانة إلىٰ كفاية الزوج.

وقوله: «إنَّ الأب ينفق عليها عند أمها»؛ فلأنَّ النفقة واجبةٌ عليه في الأصل، فلا تسقط عنه إلّا باستغناء الولد، إمّا بمالٍ، أو تصرُّفٍ في كسبٍ.

وحدُّ ذلك:

فـي الجارية أن تتـزوج ويَدخل بها زوجها؛ لأنّها تسـتغني بنفقة الزوج عن نفقة الأب.

والغـلام حتـىٰ يبلغ، ويكون غير زَمِنٍ[١]؛ لأنّه يسـتغني بتصرُّفه وكسـبه عن نفقة أبيه.

وقوله: «فإذا نكحت فأولياؤهم أحقُّ بهم»، فقد رُوِّينا عن النبيِّ ﷺ أنّه قال للأم: «**أَنْتِ أَحَقُّ بالوَلَدِ، مَا لَمْ تَنْكِحِي**»[٢].

ولأنها إذا تزوجت، اشتغلت بخدمة زوجها عن خدمتهم[٣].

قال: وأمّا من خرج من الأولياء لغير سكنىٰ، فليس له الرّحلة بالولد».

(١) قولـه: «زَمِـنٍ»، الزَّمِن: هـو الذي طال مرضـه زمانـًا، ينظر: المعـرب للمطرزي، ص (٢١٠).

(٢) أخرجـه أبـو داود [٣/ ١١٠]، مـن حديـث عمرو بـن شـعيب، عـن أبيه، عـن جده عبد الله بـن عمرو، «أنَّ امرأة قالت: يا رسـول الله، إن ابني هـذا كان بطني له وعاء، وثديـي له سـقاء، وحجري له حـواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعـه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي»، وهو في التحفة [٦/ ٣٢٣].

(٣) هذا التعليل وما بعده، نقله التلمساني في شرح التفريع [٧/ ٣٣٤]، عن الأبهري.

ولأنَّ زوجها يشنأ ولدها من غيره ويمقتهم ويبغضهم، فيلحقهم ضررٌ في ذلك، فوجب لأوليائهم أخذهم من أمهم، فإن كانت لهم جدةٌ أو خالةٌ فهي أحقُّ بهم من الأولياء.

❀❀❀

[١٥٢٠] مسألة: قال: وإذا ثغر الصبي، أدَّبه أبوه وعلَّمه، ثمّ يصير إلىٰ أمه يكون معها(١)(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ في أدبه صلاحًا ومنفعةً له في العاجل والآجل، وقد قال النبيُّ ﷺ فيما رواه الحسن، عن سمرة، عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «**مَا نَحَلَ وَالِدٌ وَلَدَهُ، أَفْضَلَ مِنْ أَدَبٍ حَسَنٍ**»(٣)، وقال ﷺ: «**مُرُوهُمْ بِالصَّلَاةِ لِسَبْعٍ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا لِعَشْرٍ**»(٤).

فللأب أن يؤدِّب ابنه ويعلِّمه ما يُصْلِحُه دينًا ودنيا، ويتقلب بالليل وأوقات حاجته إلىٰ أمه.

والإثغار: هو سقوط سن الصبي، مأخوذ من الثغر، وهي ثلمةٌ تكون في [١/١٣٦/أ] الشيء، وكذلك الصبي إذا وقع سنُّه يكون قد انثلم فُوهُ.

❀❀❀

(١) في المدونة [٢/ ٢٥٨]: «يؤدّبه بالنّهار، ويبعثه إلىٰ الكتّاب، وينقلب إلىٰ أمّه باللّيل في حضانتها».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٠٥)، المدونة [٢/ ٢٥٨]، النوادر والزيادات [٥/ ٦٠].

(٣) أخرجه الترمذي [٣/ ٥٠٣]، وهو في التحفة [٤/ ١٧].

(٤) أخرجه أبو داود [١/ ٣٨٥]، وهو في التحفة [٦/ ٣١٧].

[١٥٢١] مسألة: قال: وإذا كُنَّ النساء عند أمهنَّ في كفايةٍ، فالأب أولىٰ بهنَّ، إلّا أن تكون أمهنَّ لها كفايةٌ وحرزٌ وأمانةٌ فلا يخاف عليهنَّ في موضعهنَّ، فتكون أولىٰ بهنَّ.

وإنما يُنظر في ذلك - عندما يُحْتَاجُ إليه - إلىٰ الذي هو أفضل وأكفأ وأحرز، - يعني: للولد -، وليس هؤلاء يشبهن الصغار.

وإذا لم يؤمن موضع المرأة لابنتها، أُخِذت منها[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّ النساء عورةٌ، يحتاج إلىٰ حفظهنَّ والاحتياط لهنَّ؛ لِمَا لا يؤمن عليهنَّ من الفساد، وما يكثر ضرر وقوعه بهن، فيجب أن يُنظر إلىٰ الأصلح لهنَّ في الحرز والكفاية والأمانة ويحكم لهنَّ بالكون فيه، إن كان ذلك في موضع أمهنَّ فهي أحق، وإن لم يكن كذلك، كان أبوهنَّ أو غيره من ذوي أرحامهنَّ أولىٰ بهنَّ.

وإنما يُنظَرُ في ذلك إلىٰ ما هو أصلح لهنَّ وأحرز كما قال مالكٌ، يجتهد فيه الحاكم حسب ما يراه صلاحًا لهنَّ، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿إِنْ أُرِيدُ إِلَّا ٱلْإِصْلَٰحَ مَا ٱسْتَطَعْتُ﴾ [هود:٨٨].

فإذا لم يكن للولد صلاحٌ - وبخاصةٍ النساء - في كونهنَّ عند الأم، أخذوا منها وجُعِلوا عند غيرها.

وكذلك الأب، إذا لم يكن في كونهنَّ عنده صلاحٌ لهنَّ؛ لأنّه لا يقوم بهنَّ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٥)، المدونة [٢/ ٢٥٨].

ولا يراعيهنَّ، بأن يكون سكيراً فاسقاً لا يتعاهدهنَّ، أخذوا منه، يفعل الحاكم ما يراه صلاحاً للولد.

❀❀❀

[١٥٢٢] مسألة: قال: ويُقضىٰ للخالة بولد أختها في حضانتهم[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الخالة شقيق الأم، فلها من الشفقة عليهم قريبٌ من شفقة أمهم، فصارت أولىٰ بحضانة الولد[٢].

ورَوَىٰ إسماعيل بن جعفر[٣]، عن إسرائيل، عن أبي إسحاق، عن هانئ بن هانئ[٤] وهبيرة[٥]، عن علي رضي الله عنه قال: [١/ ١٣٤/أ] **«لَمَّا خَرَجْنَا مِنْ مَكَّةَ تَبِعَتْنَا بِنْتُ حَمْزَةَ تُنَادِي: يَا عَمِّ، يَا عَمِّ، فَتَنَاوَلَهَا عَلِيٌّ رضي الله عنه فَأَخَذَ بِيَدِهَا، فَقَالَ: دُونَكِ بِنْتَ عَمِّكِ، فَحَمَلَهَا، فقال جَعْفَرٌ: ابْنَةُ عَمِّي، وَخَالَتُهَا تَحْتِي، فَقَضَىٰ بِهَا النَّبِيُّ صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ لِخَالَتِهَا، وَقَالَ: الخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ»**[٦].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٥)، المختصر الصغير، ص (٥١٤)، المدونة [٢/ ٢٥٨ و ٢٥٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٣٨].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٧/ ٣٣٨]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) إسماعيل بن جعفر بن أبي كثير الأنصاري الزرقي، ثقة ثبت، من الثامنة. تقريب التهذيب، ص (١٣٨).

(٤) هانئ بن هانئ الهمداني الكوفي، مستور، من الثانية. تقريب التهذيب، ص (١٠١٨).

(٥) هبيرة بن يريم الشبامي الكوفي، لا بأس به، وقد عيب بالتشيع، من الثانية. تقريب التهذيب، ص (١٠١٨).

(٦) أخرجه أبو داود [٣/ ١١٢]، وهو في التحفة [٧/ ٤٥٣].

ورَوَىٰ الثوري، عن أبي بردة(١) عن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، عن علي قال: «**وَقَضَىٰ بِهَا لِجَعْفَرٍ، لِأَنَّ خَالَتَهَا عِنْدَهُ**»(٢)، يعني: النبيّ ﷺ.

❀❀❀

[١٥٢٣] مسألة: قال: وتُقَرُّ الجارية عند جدتها في حضانتها، إلّا أن تضعف أو تكون مسنةً(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الجدة أحق بحضانة ولدها بعد الأم؛ لأنّها تدلي بالأم.

فإذا ضعفت عن القيام بالولد أُخِذ منها الولد؛ لأنّه يلحقهم الضرر بترك خدمتهم والقيام عليهم في مصالحهم.

❀❀❀

[١٥٢٤] مسألة: قال: والأم أولىٰ بحضانتها وإن تزوجت، ما لم يدخل بها زوجها(٤).

---

(١) قوله: «بردة»، كذا في شب، وهو خطأ، صوابه: فروة، وهو: فروة بن الحارث الهمداني الكوفي، ثقة، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٦٧٤).

(٢) أخرجه أبو داود [٣/ ١١٢]، وهو في التحفة [٧/ ٤٢٥].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٠٥)، المختصر الصغير، ص (٥١٤)، مختصر أبي مصعب، ص (٣٥٩)، النوادر والزيادات [٥/ ٦٠].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، المختصر الصغير، ص (٥١٤)، المدونة [٢/ ٢٥٨]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٥٩)، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٣٢].

✍ يعنـي: أنَّ الأم أولـىٰ بحضانة الجارية ما لـم يدخـل زوج الأم بها؛ لأنّها بدخوله بها تشتغل عن ابنتها وتعاهدها لها.

وكذلك تكون الأم أحق بحضانة بنتها وإن تزوجت البنت ما لم يدخل زوج البنت بها؛ لأنّها لا تستغني عن خدمة الأم وقيامها بها إلّا بخدمة الزوج لها وقيامه عليها.

❀❀❀

[١٥٢٥] مسـألة: قـال: والجدة لـلأم أولىٰ بحضانـة ولد ابنتهـا من الجدة للأب، وأولىٰ من ولاة الولد(١).

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنَّ الجدة - أم الأم - تقوم مقام الأم؛ لأنّها تدلي بالأم وهي أصل الأم، فكانت أولىٰ بالولد من الجدة أم الأب؛ لأنّه لمّا كانت أمهم أولىٰ بهم من أبيهم، فكذلك أم أمهم أولىٰ بهم من أم أبيهم.

وكذلك هي أولىٰ بهم من جميع أولياء الولد؛ لأنّها أشفق علىٰ الولد وأرفق بهم.

وأحـق النّـاس [١/ ١٣٢/ب] بحضانة الولـد: الأم، ثمّ الجـدة أم الأم، ثمّ الخالة أخـت الأم، ثـمّ الجدة أم الأب، ثمّ الأب، ثمّ أخـت الأب وهي العمة إن لم يكن أب، ثمّ الأولياء إن لم يكن عمة، علىٰ هذا الترتيب تكون حضانة الولد، يُقدَّم فيها

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، المدونة [٢/ ٢٥٩].

كلّ من كان أشفق على الولد وأرفق به من غيره، فإن عُدِمَ أو حدث شيءٌ يوجب أخذ الولد منه، كان من بعده أولى على هذا التنزيل.

❀❀❀

[١٥٢٦] مسألة: قال: وليس للأم ولا للجدة أن يخرجوا بالولد عن نسبه[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ في ذلك ضرراً عليهم؛ لأنّه يُجهل نسبهم ولا يُدرى من هم، ويفقدون بفقد الأولياء لهم وتعاهدهم إياهم، وفي ذلك ضررٌ عليهم.

❀❀❀

[١٥٢٧] مسألة: قال: وإن تزوجت الأم، فالجدة أولى إذا كانت غير ذات زوجٍ، إلّا أن يكون زوجها جدهم فتكون أولى بهم[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الأم إذا تزوجت اشتغلت عن خدمة الولد وحضانتهم بخدمة الزوج، والزوج أيضاً يشنؤهم ويمقتهم، فكانت جدتهم أولى بهم إلّا أن يكون لها زوجٌ أجنبيٌّ منهم، فليست أحق بهم؛ لمقته لولد غيره.

فإن كان زوجها جدهم، فهي أحق بهم؛ لأنّه لا يمقت ولده ولا يقصيهم؛ لأنهم أولاده، أعني: ولد بنته.

❀❀❀

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، النوادر والزيادات [٥/ ٦٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، المدونة [٢/ ٢٥٩]، النوادر والزيادات [٥/ ٥٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٣٧].

[١٥٢٨] مسألة: قال: ولا يُكَلَّفُ النفقةَ علىٰ جدته(١)، ولا يعطيها أجر حضانةٍ، إلّا النفقة علىٰ ولده قط(٢)، وكذلك الأم إذا قامت عليهم، لا نفقة لها ولا أجر حضانةٍ(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ حضانة الأم والجدة حقٌّ للولد عليهم، ليس يجوز لهم الامتناع منه؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ جعل ذلك حقّاً عليهم، ببيان رسول الله ﷺ، فليس لهم أجرةٌ علىٰ فعل شيءٍ واجبٍ عليهم فعله.

ألا ترىٰ: أنّه لا أجرة للمرأة في قيامها علىٰ ولدها [١/١٣٦/ب] وحضانتها لهم إذا كانت تحت أبيهم؛ لأنَّ ذلك حقٌّ عليها، فكذلك إذا فارقها.

وكذلك الجدة والخالة وأشباههما ممن عليهن الحضانة، ليس يجوز لهنَّ أن يأخذن أجراً عليها.



[١٥٢٩] مسألة: قال: والجدة أولىٰ من الخالة(٤).

---

(١) قوله: «علىٰ جدته»، كذا في شب، ولعلها: «جدتهم»، كما يقتضيه السياق، وفي البيان والتحصيل [٥/ ٣٧٦]: «وسألته في الرّجل يكون له الولد، فيصيرون لجدّتهم من أمّهم بموتٍ من أمّهم أو تزويجٍ، أيكلف أبوهم مع النّفقة عليهم النّفقة علىٰ جدّتهم أو أجر حضانتها إياهم؟».

(٢) قوله: «قط»، كذا في شب.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، البيان والتحصيل [٥/ ٣٧٦].

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، المدونة [٢/ ٢٥٨]، النوادر والزيادات [٥/ ٥٩].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الجدة تدلي بالأم وتقوم مقامها، فهي أولىٰ.

❀❀❀

[١٥٣٠] مسألة: قال: والخالة أولىٰ من العمة(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الخالة تدلي بالأم، وهي شفقة الأم، فصارت أولىٰ من العمة.

❀❀❀

[١٥٣١] مسألة: قال: ومن طلق امرأةً وهي تُرْضِعُ، فألقت ابنها إليه، حتىٰ إذا فُطِم أخذته؟

فقال: إن كان لها عذرٌ لتركها الرضاع، فإنها أولىٰ بحضانته، تكون تركته لوجعٍ أو قلة دَرٍّ، ولم تتركه رفضًا له(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّها إذا تركته لعذرٍ، لم يكن تركها علىٰ وجه المقت للولد وقلة الشفقة عليهم، فلها أخذهم بعد ذلك؛ لأنّها تركتهم للعذر لا رغبةً عنهم.

فأمّا إذا تركتهم لغير عذرٍ، فليس لها أن تأخذهم بعد ذلك؛ لعدم شفقتها عليهم، ولأنه لا يؤمن منها أن تتركهم ثانيةً فيضر ذلك بهم؛ لأنهم ينقطعون عن

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، المدونة [٢/ ٢٥٩]، النوادر والزيادات [٥/ ٥٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، النوادر والزيادات [٩/ ٦١]، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٣٦]، البيان والتحصيل [٦/ ٦٩].

رضاع مَنْ قَدْ أَلِفوا رَضَاعه، ويضر أيضاً بأبيهم ذلك؛ لأنّه يحتاج أن يطلب لهم من يرضعهم، وفي ذلك ضررٌ علىٰ الولد(١).

❁❁❁

[١٥٣٢] مسألة: قال: وإذا تزوجت المرأة، فأخذ الأب ولده منها، ثمّ طُلِّقَت، فليس لها إليهم رجعةٌ، ولا حقَّ لها فيهم(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أَنَّهَا إذا تركتهم، ثمّ طلب الأب لهم من يرضعهم ويكفلهم، ثمّ أرادت أمهم أن يُرَدُّوا إليها بعد طلاق زوجها، لم يكن لها ذلك؛ لأنَّ في ذلك ضرراً علىٰ الولد؛ ولأنه لا يؤمن منها أن تتركهم ثانيةً وتتزوج، وفي ذلك ضررٌ علىٰ الولد.

❁❁❁

[١/١٣٧/أ] **[١٥٣٣] مسألة: قال: وإذا طلق الرّجل المرأة فطرحت ولدها إلىٰ أبيهم استثقالاً لهم(٣)، ثمّ أرادت أخذهم، فليس ذلك لها، إلاّ أن تكون طرحتهم من عذرٍ أو انقطاع لبنٍ، فإنَّ لها في ذلك عذراً(٤).**

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أَنَّهَا إذا تركتهم لغير عذرٍ، عُلِم قلة شفقتها

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٧/ ٣٣٦]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، المدونة [٢/ ٢٥٨].

(٣) قوله: «استثقالًا لهم»، كذا في شب، ونحوه في النوادر والزيادات [٥/ ٦٠]، وفي المطبوع: «استبقاءً لأبيهم».

(٤) المختصر الكبير، ص (٢٠٦)، النوادر والزيادات [٥/ ٦٠]، البيان والتحصيل [٥/ ٣٢٧].

علىٰ ولدها، فإن رُدُّوا إليها لم يؤمن أنْ تتركهم ثانية، وفي ذلك ضررٌ علىٰ الولد وأبيهم أيضاً.

فإن كان لها عذرٌ في تركهم رُدُّوا إليها؛ لأنَّ تركها لهم ليس لقلة الشفقة عليهم والرفق بهم، إنّما هو لعذرٍ كان لها.

❁❁❁

[١٥٣٤] مسألة: قال: وإذا طلق العبد الحرة وله منها ولدٌ فنكحت، فهي أولىٰ بالولد منه، وليس هو في ذلك مثل الحر، إلّا أن يُخَاف عليه عندها الضرر، فإذا كبر ذهب حيث شاء(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ العبد مشغولٌ بخدمة سيده عن خدمة ولده والقيام عليهم وتعاهدهم، فكانت أمهم أولىٰ بهم وإن كان لها زوجٌ؛ لأنّها وإن كانت تشتغل بخدمة الزوج عن خدمتهم، فهي أشفق عليهم وأرفق بهم من أبيهم، فصارت أولىٰ لهذه العلة؛ لأنَّ الأب مشغولٌ بخدمة سيده، ولأنه لا يملك من نفسه شيئاً، أعني: أنّه لا يتصرُّف إلّا بإذن سيده، فهو في خدمة ولده وتعاهدهم أقل تصرُّفاً من أمهم؛ لأنَّ أمهم لا تُمْلَكُ رقبتها، وأبوهم فتُملَك رقبته وخدمته.

❁❁❁

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٧)، النوادر والزيادات [٥/ ٦٢]، البيان والتحصيل [٥/ ٣٤٤].

[١٥٣٥] مسألة: قال: ومن تزوج امرأةً ولها بنتٌ صغيرةٌ، يَعْلَمُ بذلك، ثمّ بنىٰ بها وهي معها، ثمّ قال لها بعد: «أخرجيها عني»، فليس ذلك له[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه لا يجوز له أن يفرق بين الابنة إذا كانت صغيرةً وأمها؛ لأنَّ ذلك حقٌّ لهما جميعًا، وفي ذلك ضررٌ عليهما، وليس له أن يفعل ما يضر بهما، وقد قال النبيُّ صلىٰ الله عليه [١/١٣٧/ب] وسلم: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»[٢]، وقال الله جَلَّ وَعَزَّ: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ [النساء:٢٣]، فأخبر سبحانه أنَّ الربيبة تكون في حجر المتزوج بأمها، وقد رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «**لَا تُوَلَّهُ وَالِدَةٌ عَلَىٰ وَلَدِهَا**»[٣]، أي: لا يفرَّق بينهما.

❀❀❀

[١٥٣٦] مسألة: قال: ويلزم المرأة رضاع ولدها ما كانت تحته، يعني: تحت الزوج - أم الولد -، فإذا طلقها لم يلزمها.

ولا يكون ذلك عليها وهي تحته إذا كانت الشريفة الموسرة التي ليس لها مثلٌ يُرْضِع، فذلك علىٰ الزوج إذا كان قويًا.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٧)، النوادر والزيادات [٥/ ٦٢]، الجامع لابن يونس [٩/ ٥١٤].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرىٰ [١٦/ ٩٣].

وكذلك يكـون لها من النفقة بقدر الغنىٰ واليسـر؛ لأنّـه نكحها وهو يعرف حالها، وينفق علىٰ خادمها وإن كانت لا تخدمه(١).

✍ إنّما قال: «إنَّ علىٰ المرأة رضاع ولدها إذا كانت تحت أبيهم»؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قـال: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ [البقرة:٢٣٣]، فألزم اللـه سـبحانه بعموم هـذه الآية الوالدات يرضعـن أولادهن إذا كـنَّ تحت أبيهـم، إلّا من خرج من هذه الآية بدليلٍ، وهـي التي لا تطيق الرضاع؛ لأنَّ مثلها لا يقدر عليه ولا علىٰ إمساك الصبيان وتعاهدهم والقيام عليهم، فليس تكلـف ذلـك؛ لأنَّ في ذلك إضراراً بهـا، وقد قال اللـه تعالىٰ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا ﴾ [البقرة:٢٣٣].

ولأنَّ العـرف جارٍ بـأنَّ مثلهـا لا تُكلـف مثـل ذلـك، قال اللـه سـبحانه: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء:١٩]، وقـال تعالـىٰ: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾ [الأعراف:١٩٩]، أو لتعذرِ لبنٍ، فليس عليها ذلك؛ لأنّها لا تقدر عليه.

فأمّـا إذا كانت ممن يقدر، وجب عليهـا أن ترضعه أو تكتري له من يرضعه من مالها؛ لأنَّ ذلك حقٌّ عليها، فعليها أن تفعله بنفسها أو بمن يقوم مقامها.

فأمّا إذا طلّقها زوجها، أعني: أبا الولد، فليس [١/١٣٨/أ] عليها أن ترضع ولده، وعلـىٰ أبيـه أن يُرْضِع له، إمّـا بأن يعطي أمه أجـرة رضاعةٍ، وإما اسـترضع له من غيرها.

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٢٠٧)، المدونـة [٢/ ٣٠٤]، التفريع مع شـرح التلمسـاني [٦/ ٤٤٥ و ٧/ ٣١٤]، النوادر والزيادات [٥/ ٥٢].

والدليل علىٰ أنّه ليس عليها أن ترضعهم بعد الطلاق بأجرةٍ[1] كما عليها ذلك قبل الطلاق، قوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، وقال جل اسمه: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق:٦]، وذلك بعد الطلاق، فعُلِم بهذا أنّه ليس عليها أن ترضعهم بعد الطلاق بغير أجرةٍ، إلّا أن يكون أبوهم ممن لا يقدر علىٰ أجرة الرضاع، ولا مال للولد، فعليها أن ترضعهم علىٰ طريق الإعانة لهم؛ لأنّه لا يجوز لها أن تفعل ما يؤدِّي إلىٰ تلفهم، كما لا يجوز ذلك للمسلمين جملةً أن يفعلوه بمن احتاج إليهم.

وقوله: «إنه ينفق علىٰ امرأته حسب ما تحتاج إليه، وعلىٰ قدر حالها من الغنىٰ واليسر»؛ فلأنه علىٰ ذلك دخل، فعليه أن يقيم بكفايتها أو يطلقها إن لم يقدر علىٰ ذلك.

وليس له أن ينتقصها من قدر كفايتها؛ لأنَّ ذلك يضر بها، كما ليس له أن ينتقص غيرها من مقدار قوتها وما يصلحها؛ لأنَّ كفاية كلّ إنسانٍ علىٰ حسب حاله، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة:٢٣٦]، وقال جَلَّ وَعَزَّ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق:٧]، وقال تعالىٰ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:١٩]، وليس من المعروف أن يكلفها ما لم تجر عادتها به، ولا أن يقطعها عما دخلت عليه من النفقة علىٰ قدر حالها، كما لو دخلت علىٰ أنّه لا يقدر علىٰ النفقة عليها علىٰ حسب حالها، أو لم يقدر علىٰ الوطء أو أشباه ذلك، لم يكن لها أن تطالبه بأكثر مما دخلت عليه.

وقوله: «وينفق علىٰ جاريتها»؛ فلأنَّ عليه أن يُخدِمها إذا كانت لا تخدم

---

(١) قوله: «بأجرةٍ»، كذا في شب، ولعلها: «بغير أجرةٍ».

نفسها والخدمة من كفايتها، فعليه أن يكفيها [١/١٣٨/ب] ذلك وينفق علىٰ من يخدمها؛ لأنَّ ذلك لا بد لها منه.

وإن كانت ممن تخدم نفسها، لم يلزمه ذلك(١).

❀❀❀

[١٥٣٧] مسألة: قال: وللمرأة أن تسترضع لولدها إذا لزمها ذلك وهي تحت الزوج، إذا كان لها عذرٌ أو علةٌ(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ رضاعها ولدها إذا كانت تحت أبيهم لازمٌ لها إذا كانت ممن يرضع ويتكلف ذلك، فلها أن ترضعهم بنفسها أو من يقوم مقامها إذا اختارت ذلك، أو كان لها عذرٌ من مرضٍ أو غيره.

❀❀❀

[١٥٣٨] مسألة: قال: وإذا كان للمرأة الولد الصغير، فأرادت أن ترمي به إلىٰ عمه وتَنْكِح، فليس ذلك لها، إلّا أن يكون له من المال ما يُسْتَرْضَعُ له، فيكون لها أن تلقيه إلىٰ عصبته وتنكح.

وليس لها أن تطرح ولدها مكانها علىٰ زوجها حتىٰ يطلب له مُرضعًا.

ولو كان لا يقبل من غيرها وثبت ذلك، أُلزمت رضاعه(٣).

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٦/ ٤٤٥]، عن الأبهري طرفًا من شرح المسألة.

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٠٧)، النوادر والزيادات [٥/ ٥٢].

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٠٧)، النوادر والزيادات [٥/ ٥٣].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ في رميها لولدها وترك رضاعهم ضرراً عليهم، فليس لها أن تفعل ذلك؛ لأنَّ إعانتهم وإحياءهم قد لزمها، فليس لها أن تمتنع منه.

فإن كان لهم مالٌ كان لها ترك ذلك؛ لأنهم يستغنون بمالهم عنها، ويسترضع لهم أبوهم أو عصبتهم، وعليها أن تُرضعهم حتىٰ يجدوا لهم من يرضعهم.

فإن لم يجدوا من يرضعهم أو وجدوا فلم يقبلوا الرضاع إلّا منها، لزمها أن ترضعهم وتجبر علىٰ ذلك؛ لأنَّ في ترك رضاعها لهم مضرةً عليهم، ولعلَّ ذلك يؤدي إلىٰ تلفهم؛ وليس لها أن تفعل ما يؤدي إلىٰ تلفهم، وقد لزمها إحياؤهم كما يلزم جملة المسلمين أو أحدهم إذا تعيَّن الفرض عليه أن يطعم الجائع ويسقي العطشان ويكسو العاريَ، وأشباه ذلك، [١/١٣٩/أ] فكذلك هي قد لزمها رضاعهم حتىٰ يستغنوا بغيرها.

وقوله: «إنَّ لها أن ترمي به إلىٰ عمه وعصبته إذا كان له مالٌ، وليس لها أن ترميه إذا لم يكن له مالٌ»، فإنّه يعني بذلك: إذا كان للولد مالٌ، لا العم ولا العصبة؛ لأنّه ليس علىٰ العصبة ولا العم أن ينفق عليه؛ لأنَّ نفقة الأصاغر تلزم الأب وحده إذا لم يكن للولد مالٌ، ليس تلزم الجد أبا الأب ولا عماً ولا غيره من العصبات، ولا ذوي الأرحام من النساء والرجال، وسنذكر حجة ذلك في موضعه إن شاء الله.

❀❀❀

[١٥٣٩] مسألة: قال: وولاة الولد بالخيار علىٰ الأم، إن وجدوا من يرضعه بدون ما ترضعه انتزعوه منها، إلّا أن ترضعه بذلك.

فإن وجدوا باطلاً، كان ذلك لهم، إلّا أن ترضعه أمه كذلك.

ولا يُقْبَل في ذلك قول الأب: «إني قد وجدت»، حتىٰ يُعْلَم ذلك، وليس له أن يأتي بمن يضار الأم برضاعةٍ باطلاً[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ علىٰ أبي الولد وأوليائهم أن يفعلوا بالولد وماله ما هو صلاحٌ لهم، فإذا وجدوا من ترضعه بأجرةٍ هي أقل من أجرة الأم استرضعوا غير الأم؛ لأنَّ في ذلك توفيراً لمالهم.

وكذلك إن وجدوا من يرضعهم بغير شيءٍ، ارتضعوا له ولم يدفعوا أجرة الرضاع إلىٰ الأم إذا طلبت ذلك، إلّا أن ترضعهم بمثل الأجرة التي ترضع غيرها، أو ترضع بغير شيءٍ، فتكون الأم أولىٰ بهم؛ لأنّه قد توفِّر عليهم مالهم، وهي أشفق عليهم وأرفق بهم من غيرها، فصارت أولىٰ بإرضاعهم لهذه العلة.

وكذلك إذا كان الأب قليل ذات اليد فوجد من يرضع ولده بأجرةٍ قليلةٍ أو بغير شيءٍ، فله أن يدفع ذلك إليهم دون أبيهم[٢]؛ لأنَّ في ذلك رفقاً به إذا لم يقصد بذلك الضرر بالولد وأمهم.

فأمّا إن كان غنياً لا تُؤَثِّرُ عليه أجرة [١/١٣٩/ب] رضاعهم، فليس له أن يعدل بهم عن أمهم إلىٰ غيرها وإن كانت ترضع بغير شيءٍ؛ لأنّه يقصد بهذا الضرر بأمهم، وليس يقصد توفير الأجرة عليه، إذا كان يُعْلَم أنَّ مثله لا يؤثر عليه توفيرها

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٧)، المدونة [٢/ ٣٠٥]، مختصر أبي مصعب، ص (٣٦٠)، النوادر والزيادات [٥/ ٥٣].

(٢) قوله: «أبيهم»، كذا في شب، ولعلها: «أمهم».

إن أخرجها من ماله، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَۗ﴾ [البقرة:٢٣٣]، أي: لا يضار، فليس للأب أن يضر بأمهم في رضاع ولده، وليس للأم أن تَضُرَّ أيضاً بأبيهم في رضاعهم.

والضرر في ذلك كله هو علىٰ ما فسرناه: أن يفعل الإنسان فعلاً يَخْرُجُ به عما يعرفه المسلمون بينهم ويَخْرُجُ عن عشرتهم، وقد قال الله جَلَّ وَعَزَّ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ﴾ [النساء:١٩]، فمن[1] خرج عن العشرة المعروفة والعرف الجاري نُهي عنه، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿إِنْ أُرِيدُ إِلَّا ٱلْإِصْلَٰحَ مَا ٱسْتَطَعْتُۚ﴾ [هود:٨٨]، وقال: ﴿وَمَا تُرِيدُ أَن تَكُونَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِينَ﴾ [القصص:١٩] .

❀❀❀

[١٥٤٠] مسألة قال: وأم الولد تعطىٰ رضاع ولدها إذا مات سيدها[2].

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ الزوجة إذا طلقها زوجها لم يكن عليها رضاع ولدها؛ لزوال النكاح الذي لزمها معه رضاع ولدها، فكذلك أم الولد إذا زال ملك سيدها عنها بموته لم يكن عليها رضاع ولدها، وكان لها الأجرة في رضاعهم إذا كان للولد مالٌ، وإن لم يكن لهم مالٌ، لزمها أن ترضعهم حتىٰ يستغنوا بغيرها، علىٰ ما ذكرناه.

❀❀❀

[١٥٤١] مسألة: قال: وقد قيل: إذا كان الرّجل موسراً فوجد من يرضع

---

(١) قوله: «فمن»، كذا في شب، ولعلها: «فما».

(٢) المختصر الكبير، ص (٢٠٨)، النوادر والزيادات [٥/ ٦١].

لـه باطلاً، فليس ذلـك له، ولكن ترضعه أمه ولها أجر رضاعهـا، وذلك له إذا كان معسراً[١].

✍ إنّمـا قـال ذلك؛ لأنّـه إذا كان موسـراً فعدل برضاع الولد عـن أمه، كان مضراً بها، وليس له أن يفعل ذلك؛ لأنّه لم يقصد الرفق إذا كان لا يُؤَثِّرُ عليه توفير أجرة رضاعه، وإنما [١/١٤٠/أ] يريد الإضرار بأمه، وليس ذلك له.

فأمّا إذا كان معسراً فله ذلك؛ لأنّه إنّما يقصد الرفق به لا الإضرار بأمه.

❁❁❁

[١٥٤٢] مسـألة: قال: وإذا كانت المرأة موسرةً وزوجها معسراً فأرضعته، لم تتبعه بشيءٍ مما أرضعته به[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه إذا كان معسراً فليس عليه رضاع ولده؛ لأنّه لا يقدر علىٰ ذلك، وقد قال الله عَـزَّ وَجَلَّ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة:٢٨٦]، وقـال تعالـىٰ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾[البقرة:٢٣٣]، فولـد المعسـر هم من فقراء المسـلمين، وهـو كذلك، وإذا كان كذلـك، كان رضاعهم علىٰ وجه القربة إلىٰ الله تعالىٰ والحسبة، فليس لها أن تتبعه بأجرة ذلك، إذ ذلك ليس واجباً عليه.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٨)، المدونة [٢/ ٣٠٦]، النوادر والزيادات [٥/ ٥٣].
(٢) المختصر الكبير، ص (٢٠٨)، البيان والتحصيل [٥/ ١٤٧].

ولأنَّ ذلك منها علىٰ وجه الحسبة، وقد لزمها أيضـًا إعانتهم بالرضاع؛ لأنّها متىٰ لم تفعل ذلك أدىٰ إلىٰ تلفهم.

❀❀❀

[١٥٤٣] مسألة: قال: ويُفْرض للمرأة علىٰ زوجها إذا كانت ترضع ما تقوىٰ به علىٰ رضاعها، وليس المرضع كغيرها(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ المرضع تحتاج من النفقة والمؤنة إلىٰ أكثر من غيرها، فعلىٰ زوجها أن يعطيها ما يكفيها من النفقة وولدها في رضاعها، علىٰ حسب كفايتها وحالها من حاله، وذلك علىٰ ما يعرفه النّاس في بلدهم ووقتهم وحالهم، وعلىٰ قدر اجتهاد الحاكم في ذلك، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق:٧]، وقال تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣]، فعليه أن ينفق عليها حسب كفايتها بالمعروف.

وقد رَوَىٰ هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة: «**أَنَّ هِنْدَاً قَالَتْ: يَا رَسُولَ الله، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، لا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي بِالمَعْرُوفِ، أَفَآخُذُ مِنْهُ مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ [١/١٣٣/ب] وَسَلَّمَ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**»(٢).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٨)، النوادر والزيادات [٥/ ٥٢]، المنتقىٰ للباجي [٤/ ١٢٨].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٣١٤ .

فثبت بكتاب الله، وسنة نبيه صلىٰ الله عليه، أنَّ علىٰ الرّجل أنْ ينفق علىٰ امرأته وولده بقدر ما يكفيهم بالمعروف، لا وَكْسَ وَلَا شَطَطَ.

❀❀❀

[١٥٤٤] مسألة: قال: وإذا هلك الرّجل عن الحامل، فنفقتها عليها.

فإذا وضعت، كان رضاع الصبي من ماله، فإن لم يكن له مالٌ، فليس علىٰ ورثته ولا علىٰ عصبته رضاعه[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الميت قد زال ملكه عن ماله وصار لغيره من الغرماء أو الورثة، فليس تجب للحامل نفقةٌ في مال غير الزوج، فعليها أن تنفق علىٰ نفسها من مالها[٢].

فإذا وضعت الحمل كان رضاعه من ماله؛ لأنّه ليس عليها أن ترضعه إذا كان غنيًا بماله مستغنيًا عنها به.

فإن لم يكن له مالٌ لم يكن علىٰ ورثته ولا علىٰ عصبته رضاعه؛ لأنَّ رضاع الولد ونفقته علىٰ الأب إذا لم يكن للولد مالٌ، دون غيره من العصبة وذوي أرحامه.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٨)، المختصر الصغير، ص (٥١٦)، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٤٥].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٧/ ٣٤٦]، هذا التعليل عن الأبهري.

فإن قيل: إنَّ علىٰ الوارث أنْ ينفق عليه؛ لقول الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[البقرة:٢٣٣][1].

قيل: معنىٰ قوله: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، راجعٌ علىٰ أن لا يضار، والنسق عليه رجع لا علىٰ النفقة؛ لأنّه لم يتقدَّم ذِكْرٌ لنفقة الولد، وإنما تقدَّم ذِكْرُ نفقة الزوجات، وهو قوله سبحانه: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، أراد الزوجات.

ويستحيل أن يتسق بالوارث علىٰ نفقة الزوجات؛ لأنَّ الوارث لا ينوب مناب الزوج في النفقة؛ لأنَّ نفقة الزوجات هو للاستمتاع بالزوجة، وليس يجوز أن تقوم مقامه في المعنىٰ الذي وجب من أجله نفقة الوارث.

وقد قال مخالفنا في هذه المسألة: «إنَّ الصبيَّ إذا كان له ابن عمٍ وخالٌ، أنَّ نفقته علىٰ خاله وأن ميراثه [١/٣٥١/أ] لابن عمه إذا مات»[2]، فقد ألزموا النفقة غير الوارث وأسقطوها عن الوارث.

فهذا نقضٌ لقولهم، وتركٌ لظاهر ما احتجوا به من قوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، أنّه النفقة[3].

❀❀❀

(١) ينظر الاعتراض في: المبسوط [٥/ ٢٠٩]، المغني [١١/ ٣٨٢].

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي [٢/ ٢٠٩].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٧/ ٣٤٧]، شرح المسألة عن الأبهري.

[١٥٤٥] مسألة: قال: وإذا استرضع الأب لابنه وقد ماتت أمه، ثمّ يموت أبوه قبل تستوفي أجر رضاعها:

⇦ فما أرضعت في حياة أبيه، فذلك لها في مال أبي الغلام.

⇦ وما كان بعد موته، ففي مال الغلام(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ ما أرضعته في حال حياة الأب فذلك كان واجباً على الأب، فتؤخذ من ماله أجرة ذلك؛ لأنَّ ذلك كان لازماً له.

فإذا مات سقط عنه الرضاع والنفقة على ولده؛ لأنَّ ملكه قد انتقل إلى غيره، فصار ما أُرضع به الصبي في ماله دون مال الأب، ودون سائر ورثته؛ لأنّه ليس على ورثته أن يسترضعوا له، ولا على أمه أن ترضعه بعد موت أبيه(٢)، فصار ذلك في مال الصبي دون غيره.

❀❀❀

[١٥٤٦] مسألة: قال: وإذا استرضع الرّجل لابنه فدفع إليها نفقة سنةٍ، ثمّ هلك ابنه بعد شهرٍ أو شهرين، فإنّه يحاسبها بقدر الشهور ويأخذ ما فضل عندها(٣).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ أجرة الرضاع إنّما تستحقه المرضعة بالرضاع المدة التي استأجرها، فإذا مات الصبي رجع عليها بما بقي من المدة؛ لأنّها لم تستحقه،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٢٠٨)، المدونة [٣/ ٤٥٥]، البيان والتحصيل [٥/ ١٥٨].

(٢) المسألة التي ذكرها ابن عبد الحكم مفترضة في صبي ماتت أمه، فكلام الشارح مستأنف.

(٣) المختصر الكبير، ص (٢٠٨)، النوادر والزيادات [٥/ ٥٦].

كما لو اكترىٰ غلاماً ليخدمه سنةً فمات قبل السنة، رجع من الأجرة ببقية السنة، وكذلك يرجع عليها بما دفع من النفقة للصبي تمام السنة؛ لأنّه قد بقي في يدها، فعليها أن ترد ذلك إلىٰ أبيه.

۞۞۞

[١٥٤٧] مسألة: قال: ويفرض للمرأة إذا خاصمت زوجها في نفقتها ولها عيالٌ ورقيقٌ: مُدٌّ من[١] حنطةٍ بمد مروان، وما يصلحها من الزيت والحطب والكسوة.

وإن كان موسراً، زِيدَ في الحنطة [١/ ١٣٣/أ] **علىٰ مدِّ مروان في كلّ يومٍ ويجعل لها شيءٌ من اللحم، ومن وسط الكسوة مما يكسو الناس.**

فأمّا الخز[٢] والعَصْب[٣] والسمن والعسل، فلا يفرض ذلك علىٰ أحدٍ.

وليس ذلك عليه أن ينفق علىٰ رقيقها، إلّا علىٰ خادمٍ؛ فإنّه لا بد لها من خادمٍ يخدمها[٤][٥].

---

(١) قوله: «مدٌّ من»، كذا في شب، وفي المطبوع: «مدان».

(٢) قوله: «الخز»، هو جنس من الثياب، كان يصنع من وبر الدواب، ثمّ أصبح يصنع من الحرير، ينظر: المصباح المنير، ص (١٦٨) النظم المستعذب [٢/ ٢٢٦]، المطلع علىٰ أبواب المقنع، ص (٤٢٨).

(٣) قوله: «والعَصْب»، هي ثيابٌ موشاةٌ تعمل باليمن، ينظر: المحلىٰ لابن حزم [١٠/ ٢٧٦]، المغرب للمطرزي، ص (٣١٧).

(٤) من قوله: «علىٰ مدِّ مروان»، إلىٰ هذا الموضع، ساقطٌ من المطبوع.

(٥) المختصر الكبير، ص (٢٠٨)، المختصر الصغير، ص (٥١٦)، مختصر أبي مصعب،

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الله تعالىٰ قال: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾[البقرة:٢٣٣]، فألزم الله عَزَّ وَجَلَّ الأزواج أن ينفقوا علىٰ أزواجهم ما بهنَّ إليه حاجةٌ في القوت وما يتبعه من الأدم والكسوة، علىٰ حسب حاجتهن وكفايتهن وحالهن من حال الزوج، علىٰ ما قد جرىٰ من عرف النّاس في البلد الذي هم فيه في مثلهم بقدر كفايتهم، وعلىٰ قدر اجتهاد الحاكم في ذلك.

فيفرض لها من القوت والأدم والكسوة بقدر حاجتها، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾[البقرة:٢٣٦]، وقال: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ﴾[الطلاق:٧]، وقال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾[النسا:١٩]، وقال: ﴿إِنْ أُرِيدُ إِلَّا ٱلْإِصْلَٰحَ مَا ٱسْتَطَعْتُ ۚ﴾[هود:٨٨].

فعلىٰ الحاكم أن يفعل ما هو صلاحٌ للزوج والزوجة، ولا يفعل ما هو ضررٌ علىٰ واحدٍ منهما من تكليفه ما لا يقدر عليه، أو ينقص الزوجة عما تحتاج إليه.

فهذا هو الأصل في اعتبار مقدار نفقة الزوجة وفرضها علىٰ الزوج، يُرجع في ذلك في كلّ بلدٍ إلىٰ ما يعرفونه[1] في الحنطة والزيت واللحم والحطب وغير ذلك من الأدم، ما لا يستغنون عنه.

وقوله: «مد مروان»، فلا أعرف كم مقداره، وهو شيءٌ يعرفه أهل المدينة، ولكن هو علىٰ حسب كفاية النّاس بالمدينة.

ص (٣٥٨)، النوادر والزيادات [٤/ ٥٩٦]، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٤١].

(١) إلىٰ هذا الموضع من شرح المسألة، نقله التلمساني في شرح التفريع [٦/ ٤٤٥].

وكذلك قال مالك في كفّارة اليمين: «إنَّ المد عندنا بالمدينة كافٍ»[(١)]، يعني: مد النبيِّ صلىٰ الله عليه، فأمّا في سائر المواضع فيشبعهم غداءً وعشاءً.

فكذلك نفقة [١/ ١٣٤/ب] الزوجات، علىٰ كلّ إنسانٍ أن يقيم بكفايتها علىٰ حسب حالهم وعرفهم في بلدهم، في قوتها وأدمها، وسائر مصالحها وكسوتها، ليس لذلك حدٌّ محدودٌ، وهو علىٰ اجتهاد الناظر فيه علىٰ حسب الوقت.

وقوله: «إنه لا يفرض لها العصب والخز والسمن والعسل»، فإنما يعني بذلك: أهل مدينة الرسول ﷺ؛ لأنَّ أحوال أكثرهم تقصر عن ذلك.

فإن كان فيها من يحتمل حاله ذلك وحال زوجته، وتحتاج إلىٰ ذلك وعليه دَخَل، فعليه أن ينفق عليها ذلك ويكسوها، وَإِلّا فارق إن امتنع منه وطالبته بالفراق.

وكذلك سائر الأمصار إذا كان عرفهم قد جرىٰ بنفقةٍ أو سعةٍ من قوتٍ وعسلٍ وسمنٍ وخزٍّ ووشيٍ[(٢)]، فإنَّ عليه أن ينفق عليها ما تحتاج إليه في قوتها ومصالحها وكسوتها حسب كفايتها، وَإِلّا فارقها؛ لأنّه علىٰ ذلك دخل.

وقد ذكرنا أنَّ أصل ذلك هو علىٰ حسب كفايتها وحالها من حاله، علىٰ ما قد جرىٰ العرف في بلدهم ووقتهم.

وقد رَوَىٰ حماد، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة رضي الله عنها.

ورواه الزهري، عن عروة، عن عائشة: «**أَنَّ هِنْداً بِنْتَ عُتْبَةَ، جَاءَتْ إِلَىٰ**

---

(١) ينظر: المدونة [١/ ٥٩١].

(٢) قوله: «ووشي»، الوشي: نوع من الثياب الموشية، والثوب الموشي: المرقوم والمنقوش، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٤٨٦).

النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ الله: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَإِنَّهُ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ الله ﷺ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ»(١)، فهذا هو الأصل في مقدار وجوب نفقة الزوج علىٰ الزوجة، أنَّ ذلك علىٰ حسب كفايتها وكفاية ولدها بالمعروف.

وقوله: «إنَّه ليس عليه أن ينفق علىٰ خدمها، إلّا واحداً»، فلأنَّ الخادم الواحد لا بد للمرأة منها(٢) إذا كانت لا تخدم نفسها، وأقل ذلك هو واحدٌ، فليس عليه أن ينفق علىٰ أكثر منه؛ لأنّها تستغني عنه، إلّا أن تكون تحتاج إلىٰ أكثر من خادمٍ لمرضٍ أو عذرٍ، أو تكون المرأة ممن لا يكفيها خادمٌ(٣).



---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٣١٤ .

(٢) قوله: «منها»، كذا في شب، ولعلها: «منه»، كما في تتمة السياق.

(٣) يوجد سقط في القطعة الموجودة من النفقة بعد هذا الموضع، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٧/ ٣٤٤]، عن الأبهري شرح المسألة التالية:

نفقة المرأة التي تطلّق وبها حملٌ

[٣٦٥] - (وإذا أبانها فادّعت الحمل، لم تعط نفقة حملها حتىٰ يظهر، وظهوره بحركته، فإذا ظهر حملها أعطيت نفقة الحمل كلّه من أوّله إلىٰ آخره.

وإذا أعطيت نفقة الحمل، ثمّ انفشّ الحمل ففيها روايتان: إحداهما: أنه لا يرجع عليها بشيءٍ، والرواية الأخرىٰ: أنّه يرجع عليها بالنّفقة)

قال في شرح التفريع [٧/ ٣٤٤]: «قال الأبهري: لأنّ إيجاب النّفقة علىٰ الزوج حكمٌ، وليس يجوز أن يحكم في مالٍ أو غيره حتىٰ يتيقّن وجه الحكم والنّفقة لها حتىٰ يظهر حملها، وظهوره بحركته، ولكن تنفق علىٰ نفسها من عندها، فإذا ظهر حملها أعطيت نفقة الحمل من أوّله إلىٰ آخره».

[١/٨٣/ب] [١٥٤٨] مسألة: قال: ويلزم الرّجل النفقة علىٰ ابنه حتىٰ يحتلم، وعلىٰ ابنته حتىٰ يدخل بها زوجها.

فإذا رجعت إليه بموتٍ أو فراقٍ، فلا نفقة لها عليه[١].

إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، فأوجب الله تعالىٰ علىٰ الأب أن يرتضع لولده وأن يقوم بكفايته؛ لأنَّه غير مستغنٍ بنفسه، فكان ذلك واجبًا عليه حتىٰ يستغني بنفسه، وذلك بأن يحتلم الغلام؛ لأنَّه حينئذٍ يلزمه الخطاب ويقوىٰ علىٰ التّصرُّف والكسب، أو تتزوجَ الجارية ويَدْخُلَ بها زوجها؛ لأنّها تستغني بنفقة زوجها عليها عن نفقة أبيها؛ أو تتصرَّف لنفسها ببروز وجهها ومعرفة مصالحها.

وقال أيضًا: «واختلف إذا أنفق عليها فانفشّ الحمل عنها، هل يرجع عليها بشيءٍ أم لا؟

فذكر ابن الجلاب في ذلك روايتين؛ وكذلك قال الأبهري في مختصر ابن عبد الحكم».

وقال أيضًا: «ووجه القول الثّاني: أَنَّهَا أخذت ما لها أن تأخذه في الظاهر، ولا يتيقّن في الحال أَنَّهَا غير مستحقة، فإذا انفقت لم يكن عليها ردُّ ذلك.

قال الأبهري: ولكلّ قولٍ وجهٌ، والأقيس أنّ عليها ردّ النّفقة إذا لم تكن حاملاً، كما أنّ علىٰ الإنسان ردّ ما قد حكم به الحاكم وإن لم يعلم في حال حكمه أنّ ذلك ليس له، غير أنّه انكشف له ذلك في ثاني حال».

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٢)، المختصر الصغير، ص (٦٦٣)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٨)، المدونة [٢/ ٢٦٢ و ٢٦٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٤٨].

فأمّا قبل ذلك، فعلىٰ الأب أن ينفق عليهما جميعـًا، إلَّا أن يحدث لهما مالٌ يستغنيان به عن نفقة الأب، فينفقان من مالهما دون مال الأب.

وقوله: «إِذَا رجعت إليه بموتٍ أو فراقٍ فلا نفقة لها»؛ فلأنَّ فرض النفقة قد زال عـن الأب بدخول الزوج بها، فلا يعود ذلك إليه، وكذلك إِذَا بلغ الغلام وهو صحيـح، ثمّ زَمِن فلا نفقة علىٰ أبيه؛ لأنَّ فرض النفقة قد زال عن الأب، ولا يعود إليه إلَّا بدلالةٍ.

❀❀❀

[١٥٤٩] مسألة: قال: ولا يحاسِبُ الرجلُ ولده[1] إِذَا لم يكن له مالٌ، وإنما يحاسبه من يوم يحدث له المال فيما يستقبل، عرضـًا كان أو عينـًا[2].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ نفقته قبل أن يحدث لولده مالٌ عليه، فليس يجوز له أن يحاسبه في ماله بنفقةٍ تلزمه.

وإنما يحاسبه من حين يحدث لولده مالٌ؛ لأنَّ فرض النفقة حينئذٍ يزول عن الأب ويصير في مال الابن، سـواءٌ كان ماله عينـًا أو عرضـًا، إلَّا أن يعلم أنَّ الأب تبـرع بالنفقة عليه، أو لم يـرد الرجوع بها في مال الابن، فلا يكون له أن يحاسـبه حينئذٍ؛ لأنَّ نفقته كذلك هو علىٰ [١/ ٨٤/أ] وجه الحسبة والصلة.

❀❀❀

(١) في موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٩): «ولا يحاسِبُ الرجلُ ولده بما أنفق عليه في صغره».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٢)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٩).

[١٥٥٠] مسألة: قال: ولا يلزم الأم النفقة علىٰ ولدها(١).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الله تعالىٰ جعل نفقة الولد علىٰ الوالد دون الأم، بقوله عزَّ وجلَّ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[الطلاق:٦]، وقوله: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[الطلاق:٦]، ولم يُلْزِم الأم النفقة علىٰ ولدها.

وكذلك ليس في السُّنَّة إلزام الأم النفقة علىٰ ولدها، وإنما ذلك علىٰ الأب، وقد قال النبيُّ ﷺ لهند: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**»(٢)، حيث قالت له: إنَّ أبا سفيان لا يعطيها ما يكفيها وولدها بالمعروف.

فثبت بدليل الكتاب والسُّنَّة، أنَّ النفقة علىٰ الأب دون الأم.

فأمّا من جهة النظر؛ فلأنَّ النساء لمّا كُنَّ ممَّن يُنفَقُ عليهم ويُرْفق بهنَّ، لم يجب عليهنَّ أنْ يُنْفِقْنَ علىٰ أولادهنَّ، وقد قال الله سبحانه: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[النساء:٣٤].

فأمّا نفقتها علىٰ أبويها فذلك عليها إذا كانا محتاجين؛ لأنّها قد أمِرَت بالبر بهما، وفُرِضَ عليها أن لا تعقَّهما، وليس من البر إجاعتهما، فالنفقة عليهما واجبةٌ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٢)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٩)، المدونة [٢/ ٢٦٢]، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٥٠]، النوادر والزيادات [٥/ ٥٥].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٣١٤ .

عليهـا بإجماع العلماء، فأمّا علىٰ ولدها فغير واجبةٍ؛ لعدم قيام الدليل علىٰ ذلك، ولأنَّ حرمة الولد ليس كحرمة الأبوين.

❀❀❀

[١٥٥١] مسـألة: قال: ولا يلزم الرّجل النفقة علىٰ أخيه ولا أخته، ولا علىٰ ابن ابنه.

ويلـزم المـرأة النفقة علـىٰ أبيها وإن كره ذلـك زوجهـا(١)**، وإن أحاط ذلك بمالها**(٢).

✍ إنّمـا قال: «إنَّه لا يلزمه النفقة علىٰ أخيـه ولا علىٰ ابن ابنه»؛ فلعدم قيام الدلالـة علىٰ وجـوب النفقة عليه لهمـا؛ لأنَّ وجوب نفقتهما هـو علىٰ غيره، فلا ينقل إليه إلَّا بدلالةٍ.

ألا ترىٰ: أنّه لا نفقة علىٰ الجد لابن ابنه إِذَا كان أبوه باقيـًا، وكذلك لا نفقة علىٰ أخيه إِذَا كان أبوه باقيـًا موسراً.

وإذا كان كذلـك، [١/ ٨٤/ب] عُلِـم بهذا أنَّ فرض النفقـة في الأصل ليس علىٰ الجد، ولا علىٰ الأخ، وأنَّ ذلك علىٰ غيرهما.

---

(١) جملـة «وإن كره ذلك زوجهـا»، مكانها [........] في المطبـوع من موطأ ابن وهب، ص (١٠٩)، فتستدرك من هذا الموضع.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٢)، المختصر الصغير، ص (٦٦٤)، موطأ ابن وهب، كتاب القضـاء في البيـوع، ص (١٠٩)، المدونة [٢/ ٢٦٣]، التفريع مع شـرح التلمسـاني [٧/ ٣٥١].

فإن قيل: قد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[البقرة:٢٣٣]، وهذا يوجب أن تكون النفقة علىٰ كلّ وارثٍ[١].

قيل له: معنىٰ قوله تعالىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، راجعٌ علىٰ أن لا يُضَارَّه علىٰ النفقة؛ لأنَّ النفقة للولد لم يَتَقَدَّم لها ذِكْرٌ هاهنا فيرجع النسق عليها، وإنما تقدَّم ذكر نفقة الزوجات بقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، ويستحيل أن يقوم الوارث في النفقة علىٰ الزوجة مقام الموروث؛ لأنَّ الزوج إنّما أنفق لوجود الاستمتاع الذي له في الزوجة، ولا يقوم وارثه مقامه فيها[٢].

وقد رَوَىٰ أشعث، عن الحسن، عن مجاهد، عن ابن عباس: «﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، **قَالَ: لَا يُضَارَّ**»[٣].

وكذلك قال الشعبي، والضحاك، وغيرهما، قالوا: لَا يُضَارَّ.

وقد قال مخالفنا في هذا: «إنَّ رجلاً لو خَلَّفَ جده أبا أمه، وابن عمه، كان الميراث لابن عمه، والنفقة علىٰ جده أبي أمه»[٤]، فقد جعل النفقة علىٰ غير وارثٍ، وكذلك يقول في الخال والعم، أنَّ النفقة علىٰ الخال، والميراث للعم، وهذا خلاف أصله الذي بناه، فعُلِم بهذا فساد قوله.

وقوله: إنَّ المرأة تُلْزَم النفقة علىٰ أبيها وإن كره زوجها؛ فلأنَّ نفقتها علىٰ أبويها حقٌّ من الحقوق التي تلزمها في مالها، كالزكاة وأرش جناية وشبه ذلك،

---

(١) تقدَّم ذكر الاعتراض في المسألة رقم ١٥٤٤ .

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٧/ ٣٥٣]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ١٨٠]، والبيهقي في السنن الكبرىٰ [١٦/ ٧٨].

(٤) ينظر: المسألة رقم ١٥٤٤ .

فليس لزوجها منعها من ذلك كله؛ لأنَّه حقٌّ عليها في مالها، كما أنَّه ليس له منعها من حقوق الله عَزَّ وَجَلَّ عليها في بدنها، مثل الصلاة والصيام، وغير ذلك من العبادات.

❀❀❀

[١٥٥٢] مسألة: قال: ولا يأخذ الرّجل من مال ولده شيئًا إلّا بإذنه، إلّا أن يحتاج فينفق عليه ابنه(١)، فضلًا عن نفسه وأهله(٢).

[١/٨٥/أ] ✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الرّجل لا يملك مال ابنه كما لا يملك رقبته، فلا يجوز له أن يأخذ من ماله بغير إذنه إِذَا كان مستغنيًا عنه؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»(٣).

فأمّا إِذَا كان محتاجًا فإنّه يأخذ منه بقدر حاجته؛ لأنَّ علىٰ الابن أن ينفق علىٰ أبيه إِذَا أمكنه ذلك، فإن لم يمكنه لم يكن عليه أن ينفق علىٰ أبيه؛ لأنَّه أحق بذلك من أبيه.

وقد رَوَىٰ حماد بن زيد، عن عاصم، عن ابن سيرين، عن أبي هريرة قال: «**جَاءَ رَجُلٌ إِلَىٰ النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ الله مَعِي دِينَارٌ، قَالَ: أَنْفِقْهُ عَلَىٰ نَفْسِكَ، قَالَ: مَعِي آخَرُ، قَالَ: أَنْفِقْهُ عَلَىٰ زَوْجَتِكَ، قَالَ: مَعِي آخَرُ، قَالَ: أَنْفِقْهُ عَلَىٰ وَلَدِكَ، قَالَ: مَعِي آخَرُ، قَالَ: أَنْفِقْهُ عَلَىٰ خَادِمِكَ، قَالَ: مَعِي آخَرُ، قَالَ: أَنْتَ أَعْلَمُ، ثُمَّ قَالَ**

---

(١) جملة: «فينفق عليه ابنه»، مكانها [......] في موطأ ابن وهب، ص (١٠٩)، فتستدرك من هذا الموضع.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٢)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٩).

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٦٠ .

رَسُولُ الله ﷺ: تَقُولُ زَوْجَتُكَ: أَنْفِقْ عَلَيَّ وَإِلَّا طَلِّقْنِي، ويَقُولُ وَلَدُكَ: أَنْفِقْ عَلَيَّ، إِلَىٰ مَنْ تَكِلُنِي، ويَقُولُ خَادِمُكَ: أَنْفِقْ عَلَيَّ أَوْ بِعْنِي»(١) فكان الإنسان أولىٰ النّاس بماله حتىٰ يستغني، ثـمّ زوجته؛ لأنَّ نفقتها تجري مجرىٰ المعاوضة، ثمّ ولده الذي لا يستغني عنه بنفسه، وكذلك أبواه، عليه أن ينفق عليهما إِذَا كانا محتاجين، وكلُّ ذلك فيما يَفْضُلُ من قوته وما يحتاج إليه، لا فيما هو محتاجٌ إليه.

❀❀❀

[١٥٥٣] مسألة: قال: ولا يأخذ الرّجل من مال والديه إلَّا بإذنهما(٢).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّه لا يملك مال والديه، ولا يجوز للإنسان أن يأخذ مال غيره بغير إذنه، إلَّا أن يكون له حقٌّ في ماله فمنعه منه، فيجوز له أن يأخذه.

❀❀❀

[١٥٥٤] مسألة: قال: وللرجل أن يُخْرِج ولده إِذَا بلغ(٣).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ فرض نفقته عليه يسقط ببلوغه إِذَا كان صحيحًا غير

---

(١) أخرجه ابن خزيمة [٤/ ١٦١]، من طريق حماد بن زيد، عن عاصم، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، ولم أقف عليه من طريق عاصم عن ابن سيرين عن أبي هريرة.
(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٢)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٩).
(٣) المختصر الكبير، ص (٣١٢).

زَمِنٍ، فله أن يُخْرِجه؛ لأنَّه قد استغنىٰ عن أبيه وَكَوْنِهِ عنده، قال مالك: «وقد فعل عمر بن الخطاب»(١).

❀❀❀

[١٥٥٥] مسألة: [١/ ٨٥/ ب] **قال: وإذا أنفق الرّجل علىٰ ولده ولهم مالٌ قد ورثوه، وكتب ما أنفق عليهم، فلمّا هلك، أراد الورثة أن يحاسبوهم:**

⇦ فإن كان لهم مالٌ موضوعٌ، فليس عليهم غُرْم ما أنفق عليهم إِذَا لم يقل ذلك عند موته.

⇦ وإن كان لهم مالٌ قد استنفقه فلم يوجد، فإنهم يحاسبون بما أنفق عليهم.

⇦ وإن كانت أموالهم حيوانًا أو عروضًا، حُوسِبوا(٢).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ نفقته عليهم من ماله وتَرْكَهُ أن ينفق عليهم من أموالهم إِذَا كان غنيًا، دلالةٌ في الأغلب أنّه لم يُرد النفقة عليهم من أموالهم، وأنه أرادها من ماله، فليس للورثة أن يرجعوا عليهم بذلك؛ لأنَّ أباهم تبرَّع بالنفقة عليهم وَتَرَكَ مالهم لهم، إلَّا أن يأمر بذلك الأب عند موته، فيُعْلَم أنّه لم يرد التبرع بالنفقة عليهم.

فأمّا إِذَا كان مالُهُم عروضًا أو حيوانًا أو عقاراً فأنفق عليهم من ماله، فإنَّ

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٢)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (١٠٩)، النوادر والزيادات [٥/ ٦٨].

للورثة أن يحاسبوهم؛ مِنْ قِبَل أنَّ نفقة الأب عليهم من ماله تجوز أن تكون إنّما هي حتىٰ يبيع العروض والعقار، ثمّ يأخذ ما أنفق من ثمن ذلك، وليس تركُه النفقة هاهنا من مالهم التي يحتاج إلىٰ بيعها كتركه من المال الذي يمكن التّصرُّف فيه والنفقة منه من غير بيعٍ.

❀❀❀

[١٥٥٦] مسألة: قال: **وليس علىٰ الابن الموسر أن يُحِجَّ أباه من ماله**(١).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الابن عليه أن يقيم بمؤونته لِقُوتِهِ وكِسوته، ويعفَّ فرجه إن احتاج إلىٰ ذلك، فأمّا الحج به فليس يلزمه؛ لأنَّه لا فرض علىٰ أبيه إِذَا لم يقدر علىٰ المشي، أو لم يكن له مالٌ يحج به إِذَا كان لا يقدر علىٰ المشي.

❀❀❀

[١٥٥٧] مسألة: قال: **وعلىٰ الرّجل أن يُنفق علىٰ أُمِّهِ إِذَا كانت تحت زوجٍ، إِذَا كان زوجها محتاجًا**(٢).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ علىٰ الابن أن ينفق علىٰ أمه إِذَا كانت محتاجةً إلىٰ نفقته، [١/ ٨٦/أ] سواءٌ كان لها زوج أو لم يكن.

ألا ترىٰ: أنَّها لو لم يكن لها زوجٌ وكانت تصلح للزوج، لم يكن له أنْ يُجْبِرَها علىٰ التزويج ولا يطالبها بذلك لتزول عنه النفقة، وإن كانت قادرةً علىٰ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٣)، البيان والتحصيل [٥/ ٣٢٨].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٣)، المدونة [٢/ ٢٦٣]، النوادر والزيادات [٥/ ٦٦]، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٥٢].

الاستغناء بنفقة الزوج عن ابنها، فكذلك إِذَا كانت تحت زوجٍ، ولم تكن مستغنيةً بنفقة زوجها عن نفقة ابنها، فعليه أن ينفق عليها؛ لأنَّه لا يجوز له أن يجيعها ويعريها وهو قادرٌ علىٰ أن يكفيَها مؤونة ذلك.

❁❁❁

[١٥٥٨] **مسألة: قال وليس علىٰ الرّجل أن ينفق علىٰ جده ولا علىٰ جدته**[١].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّه قد حال بينه وبين فرض النفقة عليه غيره، إِذ ليس أصْلُ فرضهما عليه؛ لأنَّ نفقة الابن علىٰ أبيه الأدنىٰ دون جده، وكذلك علىٰ الابن الأدنىٰ أن ينفق علىٰ أبيه دون ابن الابن.

ألا ترىٰ: أنَّ كلّ واحدٍ منهما إِذَا كان موجوداً موسراً، كانت النفقة علىٰ الأقرب منهما دون الأبعد ولم يشتركا فيه، فكذلك إِذَا عدِمَ الأقرب، لم يلزم الأبعد؛ لأنَّ أصل وجوبها ليست عليه.

ولا فصل بين نفقة الجد والجدة في ذلك؛ لأنَّ أصل الجد والجدة ووجوب نفقتهما وميراثهما هما الأبوان.

ألا ترىٰ: أنهما لا يرثان مع وجود الأبوين، فكذلك لا يلزم ولد ولدهما النفقة عليهما، ولا يلزمهما أيضًا النفقة علىٰ ولد ولدهما؛ لِمَا ذكرناه.

❁❁❁

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٣)، المدونة [٤/ ٣٣٣]، التفريع مع شرح التلمساني [٧/ ٣٥٣]، الجامع لابن يونس [٢١/ ٤٨١].

[١٥٥٩] [(١)] مسألة: قال: ويُقْضَىٰ علىٰ الغائب في الدَّين ويُقْسَمُ عليه الرَّبْع[(٢)].

ولا يقضىٰ عليه في الرَّبْع إلَّا أن يكون قد خاصم عند القاضي ووقعت عليه البيّنة واستقصىٰ حجته وسأله عما يريد، ثمّ هرب عنه، فليُقْضَ عليه وإن كان غائبًا[(٣)].

✍ إنَّما قال: «إنه يُقضىٰ علىٰ الغائب في الدَّين ويقسم عليه الرَّبْع»؛ فلأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ أوجب علىٰ الحاكم أن يحكم بالحق علىٰ من ثبت عليه ولزمه ببينةٍ تقوم لمدعي الحق، أو إقرارٍ مِنَ الذي عليه الحق؛ لأنَّه لو لم يحكم لصاحب الحق حتىٰ يحضر الذي عليه الحق، [١/٨٦/ب] لَمَا شاء أحدٌ أن يُبْطِل حق غيره ويؤخِّره عن محله إلَّا غاب، ثمّ لم يَحْكُم عليه الحاكم إلَّا فعل ذلك، فكان يؤدي هذا إلىٰ الإضرار بالناس في حقوقهم وتأخيرها عنهم، وليس علىٰ صاحب الحق أن لا يغيب مَنْ عليه الحق؛ لأنَّه لا يمكنه منعه من ذلك وحفظه حتىٰ لا يغيب، ولو كُلِّفَ ذلك، لأضر ذلك به وبالذي عليه الحق.

وإذا كان كذلك، وجب أنْ يُحْكَمَ له بالحق علىٰ من ثبت عليه، غائبًا كان

---

(١) هذه المسألة جاءت متصلة بما قبلها، في المختصر الكبير والصغير، وقد جعلتها منفصلة، ووضعت لها بابًا مستقلاً في الفهرس، كما هو في التفريغ لابن الجلاب [٢/ ٢٤٩].

(٢) قوله: «الرَّبْع»، هي مفرد رباع، وهي الدُّور والأرضون، كما سيذكر الشارح.

(٣) المختصر الكبير، ص (٣١٣)، المختصر الصغير، ص (٦٦٥)، مختصر أبي مصعب، ص (٤٦٥)، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٩٧].

أو حاضراً، وقد قال النبيُّ صلىٰ الله عليه: «**البَيِّنَةُ عَلَىٰ المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَىٰ المُنْكِرِ**»[١]، والبينة إنّما يقيمها المُدَّعِي ليُحْكَم له بها، لا لتُسْمَعَ من غير حُكْمٍ بها؛ لأنَّه لا يستفيد بذلك شيئاً، فإذا أقامها المُدَّعِي علىٰ غائبٍ أو حاضرٍ سُمِعَت منه وحُكِمَ له بها.

وقد حكم النبيُّ ﷺ علىٰ أبي سفيان وهو غائبٌ لهندٍ وولدها بالنفقة عليه في ماله، وأمر هنداً أن تأخذ ذلك من ماله ما يكفيها وولدها بالمعروف.

فرَوَىٰ الثوري وأبو أسامة وابن نمير[٢]، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة قالت: «**جَاءَتْ هِنْدُ بِنْتُ عُتْبَةَ إِلىٰ رَسُولِ الله ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ الله، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَإِنَّهُ لا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، فَقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ**»[٣].

ورَوَىٰ معمر، عن الزهري، عن عائشة ذلك[٤].

وقد قال مخالفنا[٥]: إنه تُسْمَع البيّنة علىٰ الغائب في وجوب نفقة امرأته،

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٩٧ .

(٢) عبد الله بن نمير، بنون، مصغر، الهمداني، أبو هشام الكوفي، ثقة، صاحب حديث من أهل السنة، من كبار التاسعة. تقريب التهذيب، ص (٥٥٣).

(٣) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٣١٤ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق [٩/ ١٢٦].

(٥) المخالف في هذه المسألة، هم الحنفية، ينظر: المبسوط [١٧/ ٣٩]، بدائع الصنائع [٦/ ٢٢٢].

ويُدْفَع ذلك إليها من ماله إذا كان له مال عينٍ عند رجلٍ، أمره الحاكم يدفع إلىٰ امرأته إذا طالبت بالنفقة وإن كان غائباً(١).

وكذلك يقول: في الرّجل يدَّعِي وكالة رجلٍ، وادَّعىٰ رجلٌ قِبَل الموكِّلِ حقّاً، أنَّ للوكيل أن يثبت الوكالة علىٰ الغائب، ثمّ يتصرَّف في ماله في البيع والشراء من غير حضور المُوَكِلِ(٢).

فقد قضىٰ علىٰ الغائب وألزمه [١/٨٧/أ] الوكالة، وتَصرَّفَ الوكيل في ماله من غير حضور المُوَكِّلِ، وقد يجوز أن يكون الشهود كذبوا أو غلطوا في الوكالة والشهادة بها.

فإن قيل: قد قال النبيُّ ﷺ لعليٍ: «**إِذَا أَتَاكَ الخَصْمَانِ، فَلَا تَقْضِينَّ لِأَحَدِهِمَا دُونَ أَنْ تَسْمَعَ مِنَ الآخَرِ**»(٣)(٤).

قيل له: إنّما أراد بذلك إذا حضرا.

ألا ترىٰ: إلىٰ قوله: «**إِذَا أَتَاكَ الخَصْمَانِ**»، فهما جميعاً حاضران.

ولأنه ليس في هذا ضررٌ أن لا يحكم حتىٰ يسأله، وفي غيبة أحد الخصمين ضررٌ علىٰ خصمه إذا لم يحكم عليه.

وقوله: «إنّه لا يُقْضَىٰ عليه في الرِّبَاع»؛ فلأنَّ الرباع وهي الدُّور وكذلك

(١) ينظر: بدائع الصنائع [٤/ ٢٦].
(٢) ينظر: البحر الرائق [٧/ ١٨].
(٣) أخرجه أبو داود [٤/ ٢١١]، والترمذي [٣/ ١٢]، وهو في التحفة [٧/ ٣٦٩].
(٤) ينظر الاعتراض في: المبسوط [١٧/ ٣٩]، بدائع الصنائع [٦/ ٢٢٢].

الأرضون، هي مأمونةٌ بعيدةٌ من التلف، فوجب انتظاره حتىٰ يَقْدُم؛ لجواز أنْ تكون له حُجَّةٌ لخروجه مما شُهِد عليه به، وليس في تأخر بيع ذلك ضررٌ علىٰ صاحب الحق في خوفه أنْ يتلف أو يتلف مال خصمه، فأمّا إذا كان عيناً أو عروضاً فإنّه يُخْشَىٰ تلفها إذا لم تُبَع عليه، فكان في بيعها صلاحٌ للذي له الحق والذي عليه الحق جميعاً.

وقد قال مالك: «إنَّ الرباع تباع علىٰ الغائب ويقْضَىٰ دَينه منها، كما يُقْضَىٰ من غيره من أمواله»[١].

وهذا هو الصحيح؛ لأنَّ في ترك بيعها ضرراً بصاحب الحق، وسواءٌ كانت مما يسوغ تلفها أم لا؛ لأنَّه لا منفعة له في بقائها علىٰ ملك الذي عليه الحق، وإنما ينتفع إذا بِيعَت ودفع حقه إليه من ثمنها[٢].

❀❀❀

[١٥٦٠] [٣]مسألة: قال: ومن فَلَّسَ[٤]، فقد حلَّت حقوق النّاس عليه.

وكذلك من مات[٥].

---

(١) ينظر: المدونة [٤/ ١١٥].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٩٨]، هذه المسألة عن الأبهري بتصرف.

(٣) هذه المسألة متصلة بما قبلها في شب، وقد جعلتها منفصلة، ووضعت لها باباً مستقلاً في الفهرس، كما في التفريغ لابن الجلاب [٢/ ٢٤٩].

(٤) قوله: «فَلَّسَ»، الفلس والتفليس: حكم الحاكم بخلع كلّ مال المدين لغرمائه؛ لعجزه عن قضاء ما لزمه، ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي [٥/ ٢٦٢].

(٥) المختصر الكبير، ص (٣١٤)، المختصر الصغير، ص (٦٦٨)، المدونة [٤/ ٨٣]،

✍ إنَّمَا قـال ذلك؛ لأنَّ الميت قد بطلـت ذمَّته التي كان الدَّيـن بها متعلِّقـاً ووجب قسم ماله بالموت، والدَّين مقدَّمٌ علىٰ الميراث، ولا خلاف في ذلك.

وكذلـك إن فَلَّسَ؛ لأنَّ صاحـب الدَّين إنّما رضي بذمَّةٍ سـليمةٍ من العيب، فإذَا فَلَّسَ فقد طرأ عيبٌ لم يرض به عند المداينة، فحلَّ حقُّه لهذه العلَّة.

وأيضـاً فلمّا وجب تَفْرِقة ماله علىٰ الغرماء، [١/ ٨٧/ب] كان هو أحدهم، وقد رُوِيَ عن النبيِّ صلىٰ الله عليه: «**أَنَّهُ خَلَعَ مُعَاذاً مِنْ مَالِهِ، وَقَسمَهُ عَلَىٰ غُرَمَائِهِ**»(١).

❀❀❀

[١٥٦١] مسألة: قال: ولا يباع حرٌّ، ولا يؤاجر في دَينٍ(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ بيع الحر غير جائزٍ بوجهٍ من الوجوه؛ لأنَّ ثمنه حرامٌ كتحريم ثمن الخمر والخنزير، بل هو أوكد؛ لحرمة الحر.

ولا يؤاجـر أيضـاً في دَيـنٍ؛ لأنَّ الله عَـزَّ وَجَلَّ قـال: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[البقرة: ٢٨٠]، فأوجب اللـه تعالـىٰ إنظـار المعسـر حتـىٰ يجد ما يقضي دَينه.

فـلا يجوز بيع رقبته في دينه، حراً كان أو عبداً، ولا تجوز إجارته أيضـاً فيه؛

التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٥].

(١) أخرجـه ابن ماجـه [٣/ ٤٤٣]، وهو فـي التحفة [٢/ ١٨٥]، وقد نقل التلمسـاني في شرح التفريع [٩/ ٥]، شرح المسألة عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٤)، النوادر والزيادات [١٠/ ٧ و ٨].

لوجوب إنظار الله تعالىٰ إياه حتىٰ يجد ما يقضي، فمتىٰ بيع أو حُبِسَ أو أُوجِرَ، فهو خلاف ما أمر الله به من إنظاره حتىٰ يجد.

وهو أيضاً إضرارٌ به، وقد قال رسول الله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ**»[1].

ولأنَّ الذي داينه إنّما دخل علىٰ أن يأخذ دَيْنَهُ من ماله ورضي بذلك، لا من إجارته أو ثمنه إن كان حراً، أو قيمته إن كان عبداً، أو أجرة منافعهما، والله أعلم.

❀❀❀

[١٥٦٢] مسألة: قال: **وإذا أَفْلَسَ الرجل، فوجد رجلٌ سلعته - ارتفعت الأسواق أو انخفضت -، فهو أحق بسلعته، إن شاء أخذها، وإن شاء تركها وحاصَّ[2] الغرماء، إلاّ أن يشاء الغرماء أن يعطوه ثمنها فيكون ذلك لهم.**

وإن كان المشتري قد باع بعض متاعه، فرب المتاع أولىٰ بما وجد منه، إن وجد نصفه أخذه بنصف الثمن وحاصَّ الغرماء بالنصف.

ولو وجد المتاع كله وقد اقتضىٰ بعض ثمنه، فإن أحبَّ أن يردَّ ما اقتضىٰ ويأخذ سلعته، فذلك له.

فإن وُجِدَتْ سلعته قد عَمِيَتْ[3]، فإن شاء أخذها بالجميع، وإن شاء أسلمها.

---

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١١٣٨ .

(٢) قوله: «وحاصَّ»، تحاص الغرماء: أي: اقتسموا المال بينهم حصصاً، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (١١٨).

(٣) قوله: «عَمِيَتْ»، كذا في شب، يعني: إذا كانت السلعة من الماشية، فأصابها العمىٰ،

فإن وجدها قد ولدت فباعها وحبس ولدها، كان له أن يأخذ ولدها بحصتهم من الثمن[١].

إِنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ بائع السلعة إذا وجدها عند المشتري وقد أفلس، أقوىٰ سببًا من غيره من [١/٨٨/أ] الغرماء الذين ليس سلعهم موجودةً بأعيانها، فكان أولىٰ بها؛ لوجود عين[٢]، كما كان المُرْتَهِنُ أولىٰ بالرهن الذي في يده من سائر الغرماء الذين ليس لهم في أيديهم رهنٌ؛ لقوة سبب المُرْتَهِنِ علىٰ غيره ممن ليس معه رهنٌ.

وقد رَوَىٰ مالك، عن[٣] يزيد بن هارون وغيره، عن يحيىٰ بن سعيد، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عمر بن عبد العزيز[٤]، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، عن النبيِّ ﷺ قال: «**مَنْ وَجَدَ مَالَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ مُفْلِسٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ**»[٥].

وقد جاء في حاشية المطبوع: «كذا في المخطوط، ولعلَّ الصواب: عيبت»، وكلام الشارح يدل علىٰ ما ذكرته.

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٤)، المختصر الصغير، ص (٦٦٥)، النوادر والزيادات [١٠/ ٥٣ و ٦٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٦].

(٢) قوله: «عين»، كذا في شب.

(٣) قوله: «عن»، كذا في شب، وصوابه: (و)، كما في الموطأ [٤/ ٩٧٨].

(٤) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي، أمير المؤمنين، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٧٢٤).

(٥) رواية مالك في الموطأ [٤/ ٩٧٨]، ورواية يزيد بن هارون في شرح مشكل الآثار

ورواه فليح بن سليمان، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبيِّ ﷺ مثله[١].

ورَوَىٰ سليمان بن بلال، عن خُثَيْم بن عِرَاك بن مالك[٢]، عن أبيه[٣]، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «**إِذَا أَفْلَسَ الرَّجُلُ، فَوَجَدَ الرَّجُلُ سِلْعَتَهُ بِعَيْنِهَا، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا**»[٤].

فلهذا قال مالك: «إنَّ البائع أحق بسلعته إذا وجدها عند المفلس، إنْ شاء أخذها، وإن شاء تركها وَحَاصَّ الغرماء».

وقوله: «إلّا أن يشاء الغرماء أن يعطوه ثمنها فيكون ذلك لهم»، فإنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ بائع السلعة إنّما كان أحق بها؛ لأنَّ المشتري لمّا لم يعطه ثمنها كان له أخذها، فإذَا أعطاه المشتري أو الغرماء ثمنها لم يكن له أخذها؛ لأنَّ علة الأخذ إنّما هي من أجل تعذُّرِ الثمن، فإذَا دُفِعَ إليه ثمنها لم يكن له أخذها.

وقوله: «إِنْ كان المشتري قد باع بعض متاعه، فَرَبُّ المتاع أولىٰ بما وَجَدَ منه، وحاصَّ مما بقي من الثمن»؛ فلأن البائع لمَّا كان له أن يأخذ كلّ السلعة إذا

[١٢/ ١٤]، والحديث في الصحيحين: البخاري (٢٤٠٢)، مسلم [٥/ ٣١]، وهو في التحفة [١٠/ ٤٢٧].

(١) أخرجه ابن حبان [١١/ ٤١٥]، والبزار [١٢/ ٢٠٤].

(٢) خثيم بن عراك بن مالك الغفاري المدني، لا بأس به، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٢٩٥).

(٣) عراك بن مالك الغفاري الكناني المدني، ثقة فاضل، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٦٧٣).

(٤) أخرجه مسلم [٥/ ٣١]، بنحو الإسناد الذي ذكره الشارح، وهو في التحفة [١٠/ ٢٥٥].

وجدها إذا لم يُدْفَع إليه الثمن، كان له أن يأخذ بعضها إذا وجده ويحاص الغرماء بما لم يجد في ذمَّة المشتري، ويأخذ ذلك من ماله.

وقوله: «إن كان قد اقتضىٰ بعض ثمن سلعته فله أن يَرُدَّه ويأخذ سلعته»؛ فلأنه لا يجوز له أن يأخذ الثمن والسلعة جميعًا، فكذلك لا يجوز أن يأخذ بعض السلعة [١/٩٢/ب] وكلّ الثمن؛ لأنّه إنّما يجوز له أخذ السلعة أو الثمن، أو ما يجد منها بحصته من الثمن ويحاص الغرماء بما لم يجد.

وقد رَوَىٰ مالك ويونس، عن ابن شهاب، قال: أخبرني أبو بكر بن عبد الرحمن عن[١] الحارث بن هشام، أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه قال: «**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا، فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، وَلَمْ يَقْضِ الَّذِي بَاعَهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا، فَوَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ**»[٢]، زاد يونس: «**وَإِنْ كَانَ قَدْ قَضَىٰ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا، فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ**».

ورواه الزبيدي، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، عن النبيِّ صلىٰ الله عليه، وقال: «**فَإِنْ كَانَ قَضَاهُ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ أُسْوَةُ الغُرَمَاءِ**»[٣].

وقوله: «فإن وجد سلعته قد عميت فإن شاء أخذها بالجميع، وإن شاء أسلمها»؛ فلأنَّ النبيَّ ﷺ لمَّا جعل لبائع السلعة أَخْذَهَا، كان له أن يأخذها إذا

---

(١) قوله: «عن»، كذا في شب، وصوابه: «بن»، كما في الموطأ.

(٢) رواية مالك في الموطأ [٤/ ٩٧٨]، ورواية يونس أخرجها أبو داود [٤/ ١٨٧]، والحديث في التحفة [١٠/ ٤٢٧].

(٣) أخرجه أبو داود [٤/ ١٨٨].

وجدهـا بعينهـا أو أنْقَـصَ منهـا، إذا كان النقصان بمثل العور والعمـىٰ لا يتلف بقطعها.

وليـس له أكثر منها؛ من قِبَـلِ أنّه مُخَيَّرٌ بينَ أَخْذِهَا علىٰ ما يجدها وإن كانت ناقصةً، أو محاصَّة الغرماء بالثمن.

ألا ترىٰ: أنَّ المغصوب منه إذا وجد سلعته عند الغاصب وقد نقصت، فله أَخْذُهَا وإنْ نقصت، أو تضمين الغاصب قيمتها يوم غصبَ، فكذلك هذا.

وقولـه: «فإن وجدها قد ولـدت فباعها وحبس ولدها، كان له أن يأخذها[1] وولدهـا بحصتهم من الثمن»؛ فلأنه لَّما بـاع الأم فقد أَخَذَ عوضـًا من الثمن، فهو بمنزلة ما لو باع بعض السلعة وبقي بعضها عنده، فللبائع أن يأخذ ما وجده بحصته من الثمن، ويحاص الغرماء بما لم يجد بقدره من الثمن.

فأمّـا إذا ماتـت الأم وبقي ولدها الذي وُلِدَ في يد المشـتري، فله أخذ الولد بـكل الثمن إن شـاء أو تركه، وذلـك بمنزلة ما لو نقصت الأم فـي بدنها، لكان له أخذهـا بـكل الثمن، أو تركها ومحاصـة الغرماء؛ لأنَّ المشـتري لم يأخذ عوضـًا [١/٩٣/أ] إذا ماتت الأم، وقد أخذ عوضها إذا باعها.

فـإن مـات الولد أو باعه وبقيـت الأم، فإنَّ البائع له الخيـار بين أخذها بكل الثمـن، أو تركها ومحاصة الغرماء؛ من قِبَلِ أنَّ الأم هي التي يقع عليها عقد البيع، وهي بدل الثمن الذي وجب له علىٰ المشـتري، فإذَا وجدها، كان له أخذها علىٰ

---

(١) قوله: «يأخذها»، غير مثبت في كلام ابن عبد الحكم.

ما يجدها وإن كانت ناقصةً، أو تركها ومحاصة الغرماء، وسواءٌ وجد ولدها الذي وُلِدَ عند المشتري، أو كان قد مات أو باعه المشتري.

فأمّا إذا مات المشتري للسلعة، فليس لبائعها أن يأخذها وإن وجدها بعينها؛ من قِبَل أنَّ ذمة المشتري قد تلفت، فلو جعلنا البائع أولىٰ بالسلعة، كان سائر الغرماء لا يرجعون إلىٰ حقهم من مال الميت، ولا إلىٰ ذمَّةٍ تتعلق حقوقهم فيها، والمفلس فيرجع الغرماء الذين لا سلع لهم إلىٰ ذمَّته، فكان ردُّ السلعة أولىٰ؛ لقوة سببه؛ ولأنَّ سائر الغرماء لا تتلف أموالهم ولا تبطل حقوقهم.

فإن قيل: لم لا قلت: إنَّ أخذ البائع سلعته في موت المشتري أولىٰ إذا وجدها بعينها؛ لأنّه لمَّا كان له أخذها مع وجود ذمَّته، كان أن يأخذها مع عدمها أولىٰ، كما كان المرتهن أولىٰ بالرهن في موت الراهن وفَلَسِهِ[1].

قيل له: ما قلته غير لازمٍ، من قِبَلِ أنَّ النبيَّ ﷺ إنّما جعل بائع السلعة أولىٰ بها إذا وجدها بعينها في موضعٍ يرجع سائر الغرماء إلىٰ شيءٍ يتوثقون به لحقوقهم، وهي ذمة المفلس، فلا تتلف حقوقهم، وفي ذلك نَظَرٌ لجميع الغرماء، وأمّا إذا تلف ماله وذمته، فليس يجوز أن يُنْظَر لبعضهم دون بعضٍ؛ لأنَّ صاحب السلعة إذا أخذها لم يكن للباقين شيءٌ يرجعون إليه من مالٍ أو ذمةٍ، فكان في ذلك حملٌ عليهم، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ﴾[النساء:١٣٥].

فأمّا المرتهن فقد صار أولىٰ بالرهن؛ لقبضه الرهن وحيازتِهِ، لا أنَّ الموت والفلس [١/٩٣/ب] أحْدَثَا له حقّاً في الرهن لم يكن قبل ذلك.

---

(١) ينظر الاعتراض في: الحاوي للماوردي [٧/ ٣٩٦].

ألا تـرىٰ: أنَّ الراهن لـو أراد أخذ الرهن من يد المرتهـن، لم يكن له ذلك بغيـر إذنـه؛ لأنَّ حقه قد ثبت له بالرهـن وقبضه، ولم يثبت حق البائع في السـلعة التي باعها قبل فَلَسِ المشتري أو موته علىٰ ما ذكرت.

علـىٰ أنَّ السـنة قـد فَرَّقَتْ بيـن المـوت والحياة، فـرَوَىٰ مالـك، ويونس، وجماعة، عن ابن شهاب، عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، أنَّ رسـول الله ﷺ قال: «**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعًا، فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ وَلَمْ يَقْبِضِ الَّذِي بَاعَـهُ مِنْ ثَمَنِهِ شَـيْئًا، فَوَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِـهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَإِنْ مَـاتَ فَصَاحِبُ المَتَاعِ أُسْـوَةُ الغُرَمَاءِ**»[١]، وقـد وصله عبد الرزاق عن مالك، فقـال: عن أبي هريرة، عن النبيِّ ﷺ[٢].

ورَوَىٰ إسـماعيل بن عياش[٣]، عن الزبيدي، عن الزهري، عن أبي بكر بن عبـد الرحمن، عن أبي هريرة عن النبيِّ صلىٰ الله عليـه أنَّه قال مثله، وقال: «**أَيُّمَا امْـرِئٍ هَلَـكَ وَعِنْدَهُ مَتَـاعُ امْرِئٍ بِعَيْنِـهِ اقْتَضَىٰ مِنْهُ شَـيْئًا أَوْ لَمْ يَقْتَضِ، فَهُوَ أُسْـوَةُ الغُرَمَاء**»[٤].

---

(١) تقدَّم قريبـًا.

(٢) أخرجه عبد الرزاق [٨/ ٢٦٤].

(٣) إسـماعيل بن عياش بن سـليم العنسـي الحمصي، صدوق في روايتـه عن أهل بلده، مخلط في غيرهم، من الثامنة. تقريب التهذيب، ص (١٤٢).

(٤) تقدَّم قريبـًا.

فإن قيل: قد رَوَىٰ ابن أبي ذئب، عن أبي المعتمر[١]، عن عمرو بن خليدة[٢]، قال: «**أَتَيْنَا أَبَا هُرَيْرَةَ فِي صَاحِبٍ لَنَا أَفْلَسَ، فَقَالَ: لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمْ بِقَضَاءِ رَسُولِ الله صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ، مَنْ أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ فَوَجَدَ رَجُلٌ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ**»[٣] [٤].

قيل له: أبو المعتمر هذا رجل مجهولٌ[٥]، وقد ضعفه يحيىٰ بن معين[٦]، وقال أبو داود السجستاني: «أبو المعتمر من هو؟، لا نعرفه، ومن يأخذ بهذا؟»[٧].

فأمَّا من قال[٨]: إنَّ البائع لا يكون أحق بسلعته إذا وجدها عند المشتري؛ لأنَّ ملك المشتري قد استقر عليها، فيجب أن يُفَرق بين غرمائه إذا أفلس أو مات، فالحجة عليه ما ذكرناه من الخبر عن رسول الله صلىٰ الله عليه أنّه قال: «**أَيُّمَا**

---

(١) أبو المعتمر بن عمرو بن رافع المدني، مجهول الحال، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (١٢٠٧).

(٢) قوله: «عمرو بن خليدة»، كذا في شب، وفي مصادر التخريج: عمر بن خلدة، وهو عمر بن خلدة الأنصاري المدني، قاضيها، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٧١٧).

(٣) أخرجه أبو داود [٤/ ١٨٨]، وهو في الصحيحين: البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم [٥/ ٣١]، من حديث أبي هريرة، بدون ذكر الموت أو الهلاك، التحفة [١٠/ ٢٨٨].

(٤) ينظر الاعتراض في: الحاوي للماوردي [٧/ ٣٩٦].

(٥) قد حكم عليه بالجهالة، ابن المنذر في الأوسط [١١/ ٣٤]، والطحاوي كما في مشكل الآثار [١٢/ ٢١].

(٦) لم أقف عليه.

(٧) لم أقف عليه.

(٨) القائل بهذا من المذاهب، هم الأحناف، ينظر: التجريد للقدوري [٦/ ٢٨٦٩]، الهداية مع شرحه العناية [١١/ ١٢٧].

رَجَلٍ بَاعَ سِلْعَتَهُ فَأَفْلَسَ الذِي ابْتَاعَهَا وَلَمْ يَقْبِضِ الذِي بَاعَهَا مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا»(١).

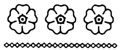
[١/ ٩٤/أ] **فإن قيل**: إنَّ معنىٰ هذا الحديث: هو أن يُفْلس الرجل، فيجد رجلٌ سلعته عند مفلسٍ قد أودعها إياه، أنَّه أحق بها من غرمائه، لا ما قد اشتراها المفلس(٢).

قيـل: هذا لا فائدة فيه؛ لأنَّ أحداً من أهل العلم لم يختلف في هذا، وحَمْلُ الحديث علىٰ فائدةٍ مؤتنفةٍ أولىٰ.

علىٰ أنَّ هذا الحديث مُفَسَّرٌ، وهو علىٰ ما ذكرناه من قوله صلىٰ الله عليه: «**أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ أَفْلَسَ المُشْتَرِي، فَوَجَدَ البَائِعُ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ**».

وقد قال مخالفنا: «إنَّ المتبايعين إذا اختلفا في الثمن، أنهما يتحالفان ويتفاسخان، ويكون البائع أولىٰ بالسلعة وإن كان المشتري قد قبضها وصارت ملكه؛ لقوة سبب البائع»(٣).

فكذلك يجب أن يكون بائع السلعة إذا وجدها عند المفلس؛ لقوة سببه، والله أعلم(٤).



---

(١) تقدَّم قريباً.

(٢) ينظر الاعتراض في: التجريد للقدوري [٦/ ٢٨٧٦].

(٣) ينظر: المبسوط [١٣/ ٢٩]، بدائع الصنائع [٦/ ٢٥٩].

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٧ و ١٩]، بعضاً من شرح المسألة عن الأبهري.

[١٥٦٣] مسألة: قال: وإن وجد ثوبه قد خَلُقَ[١]، فإنْ شاء أخذه، وإن شاء أسلمه[٢].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنّه له أَخْذ سلعته إذا كانت بحالها أو كانت قد نقصت بكل الثمن؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ جعل له أخذها إن شاء، أو تَرَكَهَا وحاصَّ الغرماء.

۞۞۞

[١٥٦٤] مسألة: قال: ومن اشترىٰ غزلاً فنسجه، أو بُقعةً فبناها، ثمّ فَلَّسَ، فإنَّ صاحب الغزل والبقعة يكونان شريكين بقدر الكتّان من النسج، وبقدر البقعة من قدر العمارة[٣].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنهما قد صارا شريكين، البائع بقدر سلعته، والمشتري بقدر عمله، فوجب أن يشتركا في البقعة مع البنيان أو الثوب علىٰ قدر ما لكل واحدٍ منهما؛ لأنَّ كلّ واحدٍ منهما له حقٌّ لا يجوز إبطاله ولا يمكن تمييزه، فوجب أن يشتركا فيه بقدر قيمة ما لكل واحدٍ منهما.

۞۞۞

---

(١) قوله: «وإن وجد ثوبه قد خَلُقَ»، يعني: بلي، ينظر: المصباح المنير، ص (١٨٠).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٤)، النوادر والزيادات [١٠/ ٦٠].

(٣) المختصر الكبير، ص (٣١٤)، النوادر والزيادات [١٠/ ٦٠]، البيان والتحصيل [١٠/ ٥٤٨].

[١٥٦٥] مسألة: قال: ومن اشترىٰ جاريةً فولدت من غير سيدها، فسيدها أولىٰ بها وبولدها، إلّا أن يُعْطَىٰ ثمنها(١).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ حُكْمَ [١/ ٩٤/ب] الولد حُكْمُ الأم ؛ إذ هو بمنزلة عضوٍ منها، فله أن يأخذها مع الولد، كما لو زادت الأم في بدنها، لكان للبائع أخذها.

ومما يدل أنَّ حكم الولد حكم الأم وأنه ليس بخراجٍ فيكون للمشتري بالضمان، أنَّ ولد أم الولد حكمه كحكم أمه، وليس لسيده أن يبيعه كما ليس له أن يبيع الأم، ويُعتقون بعتق الأم، وليس كذلك خراجها؛ لأنَّ للسيد أخذ خراجها والتصرُّف فيها.

وكذلك ولد المكاتبة والمدبرة، حكمهم حكم أمهم(٢)، وقد ذكرنا هذه المسألة في غير هذا الموضع.

فأمّا ما كان خراجاً فهو للمشتري دون البائع، وذلك كاللبن والصوف وكسب العبد وأشباه ذلك؛ لأنَّ الخراج له بالضمان، وليس الولد خراجاً.



(١) المختصر الكبير، ص (٣١٤).

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٥]، هذا الشرح عن الأبهري.

[١٥٦٦] مسألة: قال: ومن اشترىٰ زيتًا فصبه في جِرَاره بشهودٍ معه، أو دنانير فصبها في كيسه، أو بَزّاً فرقَّمَه(١) وخلطه بغيره، فهو أولىٰ به إذا فَلَّس(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ عين الزيت والدنانير والبز قائمةٌ متىٰ خُلِط الزيت بمثله، وكذلك الدنانير إذا خلطها بمثلها؛ لأنَّ منفعة ذلك كله واحدةٌ، ولا فصل بين ذلك كله، فللبائع أن يأخذ بمقدار ما باعه من سلعته مما خلطه به .

وكذلك البَزُّ مثله؛ لأنَّ غرضه بالخلط لم يتغيَّر، وهو باقٍ كغرضه قبل الخلط، وكذلك غرض النّاس فيه مثله(٣).

❀❀❀

[١٥٦٧] مسألة: قال: ومن فَلَّسَ وعليه طعامٌ وعروضٌ، فإنما يحاصُّ له بقيمة ذلك يوم يُشترىٰ لهم، ويبيعوه بالفضل(٤).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ كلّ واحدٍ من الغرماء إنّما يحاص له في مال المفلس بقدر ما له من الحق من عينٍ أو عرضٍ، ثمّ يُشْترىٰ له العرض الذي يضرب بقيمته؛ لأنّه هو الذي يجب له علىٰ الغريم.

❀❀❀

---

(١) قوله: «أو بَزّاً فرقَّمَه»، البز: هي الثياب، ورقم التاجر البز، يعني: وشَّاها رقماً، والتاجر يرقم الثياب، أي: يجعل عليها علامةً بأن ثمنها كذا، ومنه لا يجوز بيع الشّيء برقمه، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (١٩٦).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٤)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٧].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٨]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٤) المختصر الكبير، ص (٣١٥).

[١٥٦٨] مسألة: قال: والأجير أولىٰ بما في يديه من الزرع والحائط إذا فَلَّسَ صاحبه، فإن مات فالأجير أسوة الغرماء[(١)].

[١/٩٥/أ] ✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الاجير في الحائط والزروع بمنزلة بائع السلعة إذا وجدها عند المفلس أنّه أحق بها، فكذلك هذا الأجير؛ لأنَّ الزرع والنخل إنّما زاد أو وُجِد بعمله، فكان أولىٰ به لوجود عين ماله.

ولا يكون أولىٰ به في الموت، كما لا يكون بائع السلعة أولىٰ بها إذا مات المشتري، بل يكون أسوة الغرماء علىٰ ما بيَّنَّاه.

❀❀❀

[١٥٦٩] مسألة: قال: والأجير الذي يبيع في الحوانيت أو يخدم، أسوة الغرماء[(٢)].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ هذا الأجير ليس لعمله تأثيرٌ يحصل فيكون أحق به، كتأثير الذي يزرع أو يسقي الحائط أو يؤبِّر وما أشبه ذلك؛ لأنَّ من له تأثير عملٍ هو بمنزلة من وجد سلعته عند مفلسٍ، ومن لا تأثير لعمله فهو بمنزلة من لم يجد سلعته عند مفلسٍ، فهو أسوة الغرماء[(٣)].

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٥)، المدونة [٤/ ٨٦]، النوادر والزيادات [١٠/ ٧٣]، البيان والتحصيل [١٠/ ٥٥٣].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٥).

(٣) نقل التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٧]، هذه المسألة عن الأبهري، تحت شرح المسألة رقم ١٦٠٢ .

[١٥٧٠] مسألة: قال: وصاحب الأرض أولىٰ بالزرع، حتىٰ يستوفي كراء أرضه(١).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنّه بمنزلة من وجد عين ماله عند مُفلسٍ فهو أحق به؛ لأنَّ الزرع إنّما نبت عن أرضه، فهو كأنه سبب حدوثه، فأشبه ذلك من وجد عين ماله عند مفلسٍ فهو أحق به(٢).

❀❀❀

[١٥٧١] مسألة: قال: ومن فَلَّسَ، ثمّ ثاب(٣) له مالٌ، فغرماؤه أسوةٌ.

فإن لم يثب له مالٌ حتىٰ داين آخرين فَفَلَّسَ، فقام به الأولون والآخرون، فإنَّ الآخرين أولىٰ به(٤).

✍ إنَّمَا قال: «إنَّ غرماءَه أولىٰ بماله إذا ثاب له»؛ فلأنه ليس أحدهم أولىٰ بأخذ ماله من الآخر، إذ حقوقهم كلهم واحدةٌ، لا فضيلة لأحدهم علىٰ الآخر في ذلك(٥).

فإن داينه قومٌ آخرون بعد الأولين، ثمّ فَلَّسَ، كان الآخرون أولىٰ بماله من

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٥)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٥].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢٥]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) قوله: «ثاب»، يعني: رجع، ينظر: الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، ص (١٦٧).

(٤) المختصر الكبير، ص (٣١٥)، المدونة [٤/ ٨١]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٨ و ٣٣].

(٥) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢٩]، هذه المسألة عن الأبهري.

الأولين؛ مِنْ قِبَل أنَّ هذا المال الذي هو في يده لغرمائه الآخرين دون الأولين، فكانوا أولىٰ به؛ لقوة سببهم في أنَّ ذلك مالهم، أو حدث ذلك عن مالهم.

وأشبه ذلك، من وجد سلعته بعينها عند مفلسٍ فهو أحق بها من [١/ ٩٥/ب] سائر الغرماء؛ لقوة سببه.

❀❀❀

[١٥٧٢] مسألة: قال: ومن دخلت عليه فائدةٌ من ميراثٍ أو عقلِ جرحٍ، تحاصَّ فيه الأولون والآخرون، وتبع الغرماء المفلس بما بقي من حقوقهم، إلّا أن يكونوا يوم حاصوه رضوا بماله فابتاعوه بيعًا فنقص عن حقوقهم، فلا يتبعونه[١].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ ما حدث له من فائدة ميراثٍ أو عقل جرحٍ، فغرماؤه فيه سواءٌ؛ لأنَّ أحدهم ليس أولىٰ من الآخر.

وليس هذا بمنزلة ما يداينه قومٌ بعد قومٍ، أنَّ الآخرين أولىٰ؛ لأنَّ هؤلاء أحق بالمال الذي في يديه؛ إذ هو عين مالهم أو بدله، وليس كذلك ما كان من فائدة ميراثٍ أو عقل جرحٍ[٢].

وقوله: «إنَّ الغرماء يتبعون المفلس بما بقي من حقوقهم»؛ فلأن حقهم باقٍ في ذمته، فلهم أن يتبعوه ويأخذوا ذلك من ماله إذا وجدوه، إلّا أن يكون رضوا منه بما أخذوه من المال، وكان أخذهم له علىٰ وجه بيع ما لهم عليه من الدَّين

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٥)، المدونة [٤/ ٧٨]، النوادر والزيادات [١٠/ ٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٦].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٣٤]، هذا الشرح عن الأبهري.

بالعرض الذي قد أخذوه، أو يكون علىٰ وجه الإبراء له، فليس لهم أن يتبعوه بعد ذلك بشيءٍ.

❀❀❀

[١٥٧٣] مسألة: قال: ويُحبس المُوسِرُ في القضاء إذا لم يَقضِ، حتىٰ يَقضي(١).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنّه متعدٍّ بترك قضاء الحق وأدائه إلىٰ صاحبه إذا أمكنه ذلك؛ فليس يُتْرَك وذلك، بل يُؤخذ بدفعه إلىٰ صاحبه، ويحبس حتىٰ يقضيه.

وقد حبس النبيُّ صلىٰ الله عليه، فرَوَىٰ معمر، عن بهز بن حكيم(٢)، عن أبيه(٣)، عن جده(٤): «**أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَبَسَ فِي تُهْمَةٍ**»(٥).

ورَوَىٰ عبد الله بن المبارك، عن وَبْرِة بن أبي مليكة(٦)، عن محمد بن

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٥)، المختصر الصغير، ص (٦٦٩)، المدونة [٤/ ٧٨]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٥].

(٢) بهز بن حكيم بن معاوية القشيري، أبو عبد الملك، صدوق، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (١٦٨).

(٣) حكيم بن معاوية بن حيدة القشيري، والد بهز، صدوق، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٢٦٦).

(٤) هو معاوية بن حيدة القشيري رضي الله عنه.

(٥) أخرجه أبو داود [٤/ ٢٣٢]، والترمذي [٣/ ٨٥]، والنسائي في الكبرىٰ [٧/ ٨]، وهو في التحفة [٨/ ٤٢٨]، وقد نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٨٨]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٦) وَبْر ابن أبي دُليلة الطائفي، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (١٠٣٥).

ميمون[١]، عن عمرو بن الشريد[٢]، عن أبيه[٣]، عن رسول الله ﷺ قال: «**لَيُّ الوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وعُقُوبَتَهُ**»، قَالَ ابْنُ المُبَارَكِ: «**يُحِلُّ عِرْضَهُ: يُغَلَّظُ لَهُ، وَعُقُوبَتَهُ: يُحْبَسُ لَهُ**»[٤].

ورَوَىٰ النضر بن شميل[٥]، حدثنا هرماس بن حبيب[٦]، رجلٌ من أهل البادية، عن أبيه[٧]، عن جده، قال: «**أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّىٰ الله عَلَيْهِ بِغَرِيمٍ لِي، فَقَالَ لِي: الزَمْهُ، ثُمَّ قَالَ: يَا أَخَا بَنِي تَمِيمٍ، مَا تُرِيدُ أَنْ تَفْعَلَ بِأَسِيرِكَ؟**»[٨].

❀❀❀

[١٥٧٤] مسألة: [١/٩٦/أ] **قال: ولا يُحْبَس المعسر إذا ثبت عُسْرَتُه**[٩].

---

(١) محمد بن عبد الله بن ميمون بن مُسيكة الطائفي، مقبول، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٨٦٦).

(٢) عمرو بن الشَّرِيد الثقفي الطائفي، ثقة، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٧٣٨).

(٣) هو الشَّريد بن سويد الثقفي رضي الله عنه.

(٤) أخرجه أبو داود [٤/ ٢٣١]، وابن ماجه [٣/ ٤٩٧]، والنسائي في الكبرىٰ [٦/ ٨٩]، وهو في التحفة [٤/ ١٥١].

(٥) النضر بن شميل المازني البصري نزيل مرو، ثقة ثبت، من كبار التاسعة. تقريب التهذيب، ص (١٠٠١).

(٦) الهرماس بن حبيب التميمي العنبري، قال أبو حاتم: شيخ أعرابي، لم يرو عنه إلاّ النضر، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (١٠١٩).

(٧) حبيب التميمي العنبري، والد الهرماس، مجهول، من الثالثة. تقريب التهذيب، ص (٢٢٢).

(٨) أخرجه أبو داود [٤/ ٢٣١]، وابن ماجه [٣/ ٤٩٨]، وهو في التحفة [١١/ ١٣٤].

(٩) المختصر الكبير، ص (٣١٥)، المختصر الصغير، ص (٦٧٠)، النوادر والزيادات

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الله عَزَّ وَجَلَّ قال: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[البقرة: ٢٨٠]، ولا يجوز حبس من قد أنظره الله تعالىٰ.

ولأنَّ صاحب الحق لا يستفيد بحبسه شيئًا، ويضرُّ به هو بانقطاعه عن معاشه وتصرُّفه(١).

❀❀❀

[١٥٧٥] مسألة: قال: ومن اكترىٰ ظهراً، فحمل عليها حمولةً وبرز بها، فهو أولىٰ بها من الغرماء، إلّا أن يضمنوا له كراءَه في ثقةٍ وملاءٍ.

وكذلك من تكارىٰ دابةً أو استأجر أجيراً، فهو أولىٰ بالدابة والعبد الذي بيده حتىٰ يستوفي.

وكذلك لو لم يقبضه حتىٰ فَلَّسَ، كان أحقَّ به، وكذلك إذا كانت إبلاً بأعيانها(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك كله؛ لأنَّ المكتري أقوىٰ سببًا من غيره من الغرماء؛ لقبضه ما اكتراه من الدابة أو العبد، فصار أحق به، كالمرتهن أنّه أحق بالرهن؛ لقبضه له وحيازته من غيره من الغرماء.

وكذلك الصُّنَّاع أولىٰ بما في أيديهم مما قد عملوه في الموت والفَلَس؛

[١٠/ ١٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٨/ ٤٨٧].

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٨/ ٤٨٧]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٥)، النوادر والزيادات [٧/ ٥٥ و ١٢٢ و ١٠/ ٧٧]، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٩١].

لقوة سببهم بقبض الشّيء الذي عملوه، فجرىٰ مجرىٰ المرتهن لا مجرىٰ من وجد عين ماله؛ لأنَّ هذا أحق في الفلس دون الموت علىٰ ما بيَّنَّاه.

وقوله: «وكذلك لو لم يقبضه حتىٰ فَلَّسَ كان أحقَّ به، وكذلك إذا كانت إبلاً بأعيانها»، يعني: أنَّ المكتري وإن لم يقبض حتىٰ فَلَّسَ صاحب الظهر، وكذلك المشتري وإن لم يقبض السلعة، لهما حقٌّ بالعقد، فكانا أولىٰ بما عقدا فيه بالشراء والكراء من سائر الغرماء، بمنزلة من وجب له ذلك بالقبض.

❀❀❀

[١٥٧٦] مسألة: قال: ومن تكارىٰ حانوتًا يبيع فيه، ثمّ فَلَّسَ، فصاحب الحانوت أسوة الغرماء، وكذلك المنزل يسكنه(١)(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ المال [.....](٣)، لأنهما وسائر الغرماء بمنزلةٍ لا فضيلة لهما عليهم؛ إذ لم يجدا عين أموالهما، ولا تأثير لِمَا اكترىٰ منهم المفلس.

❀❀❀

---

(١) قوله: «يسكنه»، ساقط من المطبوع.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٦)، المدونة [٤/ ٨٦]، النوادر والزيادات [١٠/ ٧٨]، البيان والتحصيل [١٠/ ٥٤٧].

(٣) ما بين [ ]، بياض في المخطوط بمقدار كلمة.

[١٥٧٧] مسألة: قال: ومن قام عليه غرماؤه ففلَّسوه بغير سلطا[ن][(١)]، [١/٩٦/ب] ثمّ داينه آخرون، فهم أولىٰ بما في يديه[(٢)].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ المال الذي في يده للغرماء الآخرين؛ لأنّه عين مالِهِم أو بدل مالهم، فهم أولىٰ بذلك من الغرماء الذين لا مال لهم في يده، ولا بدل مالهم.

۞۞۞

[١٥٧٨] مسألة: قال: ومن اشترىٰ أدمًا[(٣)] وقَطَّعَها خِفافًا أو نِعالًا، فلا سبيل لصاحبه؛ للفوت الذي دخله[(٤)].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ قَطْعَها وإزالتها عن حالها هو تغيير لها، وذلك فوتٌ، فليس له أخذها.

ولا يشبه هذا بناء البقعة ونسج الغزل؛ لأنَّ عين الغزل باقٍ، وإنما أَلَّفَ بعضه إلىٰ بعضٍ، وكذلك عين البقعة باقيةٌ، وإنما جُعِل فيها غيرها، وقطع الأديم بمنزلة قطع الثوب، وذلك فوتٌ.

۞۞۞

---

(١) ما بين [ ]، غير ظاهر في التصوير، ويقتضيه السياق، وفي المطبوع: «فيما بينهم».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٦)، المدونة [٤/ ٧٨]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٣]، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٧٦ و ٥١٣].

(٣) قوله: «أَدَمًا»، الأدم: جمع أديم، وهي الجلود التي بلغت غايتها في الدباغ، ينظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، ص (٢٤).

(٤) المختصر الكبير، ص (٣١٦)، النوادر والزيادات [١٠/ ٦٠].

[١٥٧٩] مسألة: قال: وإذا وقف السلطان مال المفلس، لم يجز إقرارُه[١].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنّه يُتَّهم علىٰ إخراج المال عن الذين قد فلَّسوه إلىٰ غيرهم؛ من أجل ما فلَّسوه وقاموا عليه، ولا يقبل إقراره في المال الذي في يده، وتلزم ذمّته إقراره، فإذَا حدث له مالٌ أخذه المُقَرُّ له.

ولأنَّ المال الذي حُجِر عليه قد وجب فيه حقٌّ لمن حَجَر عليه، فليس له أن يخرجه عنهم بما يحدث من الإقرار[٢].

❀❀❀

[١٥٨٠] مسألة: قال: وصاحب الرهن أحق به من أهل الدَّين[٣].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ المرتهن هو أقوىٰ سبباً؛ لقبضه الرهن وحيازته له وتعلَّق حقه فيه، فصار أولىٰ من سائر الغرماء؛ لأنّه وثيقةٌ من حقه، ولا خلاف في هذا نعلمه.

❀❀❀

[١٥٨١] مسألة: قال: ومن فَلَّسَه السلطان فباع ماله، فوضعه علىٰ يدي رجلٍ فضاع، فمصيبته من الغرماء، وقد برئ الغريم[٤].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٦)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٤]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٨].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢٩]، هذه المسألة عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبير، ص (٣١٦).

(٤) المختصر الكبير، ص (٣١٦)، النوادر والزيادات [١٠/ ٢٥]، التفريع مع شرح

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ قبض الحاكم ثمن ما باعه من مال الذي عليه الدَّين، هـو قبضٌ للغرماء؛ لأنَّ يـده كأيديهم؛ لأنّه إنّما يبيع لهـم، فكأنه باع ذلك بأمرهم وتوكليهم له، فإذَا تلف ثمن ذلك فهو منهم؛ لأنّه باع لهم وقبض الثمن لهم.

❀❀❀

[١/٩٧/أ] [١٥٨٢] قـال: وقد قيل: إنَّ المفلس إذا جُمِعَ ماله فوُضِعَ علىٰ يدي عدلٍ فتلف، أنَّ الدَّين عليه كما هو، وأنَّ مصيبته عليه ونماؤه له، وهذا أحب إلينا(١).

✍ إنَّمَـا قال ذلك؛ لأنَّ مال الغريـم إذا تلف بعد جمعه وقبل بيعه فهو علىٰ مُلك الغريم، فتلفه منه؛ لأنَّ زيادته إن زاد فله، وإن نقص فعليه، فكذلك تلفه منه؛ لأنَّ ملكه لم يزل بقبض الحاكم له كما يزول ملكه ببيع الحاكم عليه ويصير الثمن للغرماء.

فلهـذا فرَّق مالكٌ بين تلفـه قبل أن يباع أنَّه من مال الغريم الذي عليه الحق، ومـن تلف ثمنه إذا بِيـعَ أنَّ الثمن للغرماء وأنَّه تلف منهم؛ لأنَّ الثمن قد زال ملكه عن الذي عليه الدَّين وصار للغرماء، وليس كذلك ماله إذا جُمِعَ ولـم يبع(٢).

وقد فسر هذا الذي قلته ابن القاسم عن مالك(٣)، وكذلك غيره من أصحاب مالـك، وجعل ابـن عبد الحكم هـذا خلافـًا من قـول مالك، وأظنه قـد غلط في

التلمساني [٩/ ٢٢].

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٣١٦)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ٢٥]، التفريـع مع شـرح التلمساني [٩/ ٢٢].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) لم أقف عليه، وتنظر أقوال أصحاب مالك في النوادر والزيادات [١٠/ ٢٥].

النقل[١]، إلاّ أن تكون هناك روايةٌ لا أعلمها؛ لأنّه أعلم بقول مالكٍ منا، فجعل الاختلاف في القولين، بين تلف الثمن بعد البيع، وبين تلف المبتاع قبل البيع، وهاتان المسألتان مختلفتا الحكم؛ لِمَا ذكرناه من اختلاف المعنىٰ، والله أعلم.

❀❀❀

[١٥٨٣] مسألة: قال: وإذا وجد الرّجل سلعته، فمنعه الغرماء منها، وقالوا: «نبيع ونعطيك»، فليس ذلك لهم، إلّا أن يعطوه أو يضمنوا له[٢].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ صاحب السلعة، أعني: البائع، هو أحق بسلعته إذا وجدها عند مفلسٍ، إن شاء أَخْذَهَا، إلّا أن يُعطىٰ ثمنها أو يُضمن له ذلك، وأمّا أن تُباع عليه بغير اختياره فلا.

ألا ترىٰ: أنَّ المفلس ليس له بيعها بعد فَلَسِه، ودفع ثمن ذلك إلىٰ صاحبها، فكذلك الغرماء ليس لهم ذلك.

❀❀❀

[١٥٨٤] مسألة: قال: ومن كان يبيع في السـ[ـوق][٣] ويشتري، ثمّ تفالس وزعم أنْ لا شيء عنده وأنه أصيب، وشهد قومٌ أنَّ ما عنده [١/٩٧/ب] شيءٌ، فأرىٰ أنْ يُسجن ولا يُعَجَّل سراحه[٤].

---

(١) حكىٰ ابن عبد البر في الكافي [٢/ ٨٢٨]، هذا القول عن ابن عبد الحكم، ثمّ قال: «ورواه أشهب عن مالك».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٦)، البيان والتحصيل [١٠/ ٤٧٢].

(٣) ما بين [ ]، مطموس، والسياق يقتضيه.

(٤) المختصر الكبير، ص (٣١٦)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٦]، البيان والتحصيل

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ هذا متعدٍّ بما فعله ومُضِرٌّ بأرباب الدَّين، فلا يترك.

وذلك إذا لم يُعرف سبب ما يذكره من ذهاب ماله؛ لأنَّ المصائب في الأموال لا تخفىٰ علىٰ النّاس في الأغلب، وبخاصةٍ علىٰ الجيران ومن يقرب منه، ولو سوغ من يدَّعِي ذلك، لأضرَّ بأهل الحقوق، ولأدَّىٰ ذلك إلىٰ ذهابها.

❀❀❀

[١٥٨٥] مسألة: قال: ومن تفالس من غير أمرٍ يأتي به، أُخْرِج من سوق المسلمين(١).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ تركه يضر بالناس في أموالهم وتلفها عليهم، ويغرهم كونه في السوق وقعوده فيها، فيؤدِّي ذلك إلىٰ إتلاف أموال الناس، وفي ذلك ضررٌ عامٌّ عليهم، فوجب علىٰ الإمام إقامته من السوق؛ حتىٰ لا يغتر النّاس بقعوده؛ فيؤدي ذلك إلىٰ ذهاب أموالهم، إلّا أن يأتي ببيانٍ علىٰ ذهاب ماله فيكون له عذر، إذ لا صنع له في ذلك ولا اختيار؛ من قِبَل أنّه لا يمكن الاحتراز من المصائب في البدن والمال، وقد قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ يُرِدِ الله بِهِ خَيْرَاً يُصِبْ مِنْهُ**»(٢).

❀❀❀

[١٠/ ٣٨٢].

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٦].

(٢) أخرجه البخاري (٥٦٤٥)، وهو في التحفة [١٠/ ٧٧].

[١٥٨٦] مسألة: قال: وإذا كان الجمَّالُ[(١)] يدير الإبل تحت قومٍ، ثمّ فَلَّسَ، وتحت أحدهم منها بعيرٌ، فهو أحقُّ به[(٢)].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنّه قد صار أولىٰ بقبضه إياه وحَوزِهِ له، فصار بمنزلة المرتهن أنّه أولىٰ بالرهن من سائر الغرماء بقبضه له وحيازته.

❀❀❀

[١٥٨٧] مسألة: قال: ومن حمل طعامًا ففَلَسَ صاحبه، فهو أولىٰ به ما دام في يديه، وكذلك الصبَّاغ يموت من دَفَعَ إليه أو يُفْلس[(٣)].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الحمَّال بقبضه الطعام وحمله بمنزلة المرتهن إذا قبض الرهن، فصار أولىٰ به؛ لقوَّة سببه.

وكذلك الصُّنَّاع هم أولىٰ بما صنعوه حتىٰ تُدفع إليهم الأجرة في الموت والفَلَسِ؛ بقبضهم الشّيء وكونه في [١/٩٨/أ] أيديهم، وأشبهوا في هذا المرتهن، أنّه أولىٰ بالرهن في الموت والفلس؛ لقوة سببه من غيره من الغرماء الذين لا رهن معه.

❀❀❀

---

(١) قوله: «الجمال»، هو مفرد الجَمَّالة، وهم أَصحاب الجِمال مِثْلَ الخَيّالة والحَمّارة، ينظر: لسان العرب [١١/ ١٢٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٧)، المدونة [٤/ ٨٦]، النوادر والزيادات [١٠/ ٧٦]، البيان والتحصيل [١٠/ ٥٥٨].

(٣) المختصر الكبير، ص (٣١٧)، المدونة [٤/ ٨٦]، النوادر والزيادات [١٠/ ٧٠ و ٧٥]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٤].

[١٥٨٨] مسألة: قال: ومن باع دابةً فنتجت، فباع نتاجها وحبسها، فإن شاء صاحبها أَخَذَهَا ولا شيء له في ولدها، وإن شاء أسلمها وحاصَّ(١).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الأصل الذي وقع البيع عليه قائمٌ، وهو الذي وجب له علىٰ المشتري الثمن، وهي الدابة لا الولد الذي باعه، وإذا كان كذلك، كان البائع مخيراً بين أخذها بكل الثمن ولا شيء له فيما باعه المشتري من الولد، ولا يحاصه بثمن ذلك من ثمن الأم، وإن شاء أسلم الأمَّ وحاصَّ الغرماء بثمنها، وذلك كما لو نقصت الأم في بدنها بعورٍ أو عمىٰ أو عجفٍ، كان حكمها ما وصفنا، إمّا أَخَذَهَا، وإمَّا أَسْلَمَهَا وحاصَّ الغرماء، لا شيء له غير ذلك.

❀❀❀

[١٥٨٩] مسألة: قال: وإذا خُلِعَ الرّجل من ماله، تُرِكَ له ما يعيش به هو وأهله وكسوته، وفي زوجته شكٌّ، وإن أَجَّر نفسه فكذلك(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ به ضرورةً إلىٰ ما يعيش به من قوتٍ وكسوةٍ، فليس يجوز منعه من ذلك ولا أخذه منه؛ لأنَّ في ذلك إضراراً به.

ألا ترىٰ: أنَّه لا يجوز أنْ يُعَرَّىٰ ويؤخذ ما عليه من الثوب الذي يستتر به، وكذلك لا يجوز أن يؤخذ قوته الذي يستغني به مدةً، وذلك علىٰ قدر اجتهاد الحاكم.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٧).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٧)، وقد نقل ابن أبي زيد في النوادر والزيادات [١٠/ ٨]، هذه المسألة عن ابن عبد الحكم، وينظر: البيان والتحصيل [١٠/ ٣٥٢].

ويمكن أن تكون زوجته مثله؛ إذ لا غنىٰ به عنها، فحكمها حكمه.

ويمكن أنْ تَكُونَ مخالفةً له؛ لأنَّ الإنسان يستغني عن زوجه ولا يستغني عن الكسوة والأكل.

وسواءٌ كان ذلك في المال يؤخذ من يده، أو مما يؤاجر به، هذا حكمه؛ لحاجته إلىٰ ما لا بد له منه.

❁❁❁

[١٥٩٠] مسألة: قال: وإذا وُهِب المفلس للثواب، أخذ الغرماء ذلك، والواهب علىٰ هبته [١/٩٨/ب] **إذا أفلس صاحبه، بمنزلة البيع**(١).

✍ إنَّمَا قال: «إنَّ لغرماء المفلس أخذَ ماله الذي يحدث له، سواءٌ كان ذلك ثواب هبةٍ أو غيره من المال الذي يحدث له، والهبة إذا كانت لثوابٍ، ثمّ فَلَّسَ الموهوب فللواهب أخذها»؛ لأنَّ ذلك بمنزلة البيع؛ لأنَّ الهبة إذا كانت علىٰ ثواب دنيا جرت مجرىٰ البيع سواءٌ، فإن أعطىٰ الواهب ثوابها، وَإِلّا كان له أخذُهَا.

❁❁❁

[١٥٩١] مسألة: قال: ومن ابتاع رأسين(٢) ....

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٧].

(٢) كذا وقعت المسألة في مختصر ابن عبد الحكم، وفي التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ١٢]: «عبدين»، وفي النوادر والزيادات [١٠/ ٥٥]، والبيان والتحصيل

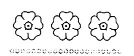
بعشــرين ديناراً،(١) واقتضىٰ عشرةً وباع رأسـًا وبقي رأسٌ، فليرد خمسةً، ثمّ يكون أولىٰ بما وجد من الغرماء(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ العشــرة التي قبضها هي بعض ثمن الرأســين، فعليه أن يــرد مــا أصاب الرأس الــذي بقي وهي خمســة؛ لأنّه لا يجــوز أن يأخذ الثمن والسلعة(٣).

❀❀❀

[١٥٩٢] مسألة: قال: وكذلك لو كانت أكثر من ذلك، فعلىٰ هذا الحساب(٤).

✍ وهــذا فهو علىٰ ما ذكرناه في الرأســين إذا بيعا جميعـًا؛ لأنّه لا يجوز أن يأخذ السلعة وثمنها، فكذلك بعض كلّ سلعةٍ وبعض الثمن.



[١٠/ ٣٥٨]، والجامـع لابن يونس [١٧/ ٦٩٦]، نقلاً عن العتبية، وكتاب ابن المواز وابن حبيب: «راويتي زيت».

(١) في المصادر المتقدِّمة: «بعشـرين ديناراً فيقبض عشـرةً وبقي عشرة، ففلس المشتري وقد باع راوية وبقيت في يده راوية، فأراد البائع أخذها بعينها».

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٣١٧)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ٥٥]، البيـان والتحصيل [١٠/ ٣٥٨]، الجامع لابن يونس [١٧/ ٦٩٦].

(٣) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٣]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٤) المختصر الكبير، ص (٣١٧).

[١٥٩٣] مسألة: قال: ويُستَأنىٰ بعروض الغريم ودُورِهِ الشهر والشهرين يُطلَب بها الأثمان، ويُستَأنىٰ بالحيوان اليسير[١].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الحيوان يُخاف تلفه إذا تركه كثيراً، فيجب بيعه؛ لأنْ يصل الغرماء إلىٰ حقوقهم ويسقط ذلك عن الغريم الذي عليه الحق.

فأمّا الدور والعروض فإنّه يُسْتَأنىٰ بها أكثر من الحيوان؛ لأنّها مأمونةٌ؛ ليتوفَّر بذلك علىٰ الغرماء والذي عليه الدَّين بما يزاد في ثمنها؛ إذ في ذلك نظرٌ لهم جميعًا، ولا مضرة عليهم.

❀❀❀

[١٥٩٤] مسألة: قال: ومن تكارىٰ كراءً مضمونًا أو أسلف في سلعةٍ مضمونةٍ، ثمّ فَلَّسَ الكَرِيُّ قبل أن يقبض، فهو أسوة الغرماء[٢].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ حق المشتري للسلعة قد وجب في ذمة البائع، وكذلك حق المُكتري قد وجب في ذمة المُكْرِي، فوجب أن يُضرب بذلك لهم في ماله، ثُمَّ [١/٩٩/أ] يُشْتَرَىٰ له أو يُكْترىٰ له ما كان له في الذمة.

وليس هذا بمنزلة ما يقبض الدابة من المُكْرِي، ثمّ يفلس أنَّ المُكْتَرِي أولىٰ بها؛ لأنّه قد قبضها وحازها فصار أولىٰ بها، كالمرتهن إذا قبض الرهن وحازه أنّه أولىٰ من سائر الغرماء .

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٨).

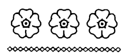
[١٥٩٥] مسألة: قال: ومن فَلَّسَ فوُقِفَ ماله، فوجد رجلٌ سلعته، فتوانىٰ عن قبض سلعته حتىٰ مات المفلس، فهو أحق بمتاعه من الغرماء وإن مات المفلس، إذا وقف السلطان مال المفلس(١).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ بائع السلعة له أخذها إذا وجدها عند المفلس إن شاء، فإن مات المفلس قبل أخذها فله أن يأخذها بعد موته؛ لأنّه لمّا كان له أن يأخذها قبل موته إذا لم يدفع إليه الثمن، فكذلك له أخذها بعد موته إذا لم يدفع اليه الثمن.

وذلك بمنزلة الشفيع إذا وجبت له الشُّفْعة في مالٍ، ثمّ مات المشتري قبل أخذها له، فله أن يأخذها بعد موته، كما كان له أن يأخذها قبل موته.

ويحتمل أن يكون وجه هذه المسألة: هو أن يكون بائع السلعة قد اختار أخذها بعد فَلَسِ المشتري، ثمّ يموت المشتري قبل قبض البائع لها، فيكون له قبضها باختياره لها قبل موته، والله أعلم(٢).

وليس هذا بمنزلة اختياره أَخْذَهَا من مال الميت المفلس قبل تقدُّم فَلَسِه للموت، وقد بيَّنَّا هذا فيما تقدَّم، أنّه لا يجوز له أن يأخذ سلعته دون سائر الغرماء؛ إذ لا يرجعون إلىٰ مالٍ ولا ذمةٍ.



[١٥٩٦] مسألة: قال: ومن باع أصل حائطٍ لا ثمر فيه، ثمّ فَلَّسَ وفيه ثمرٌ،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٨)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢١].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢٢]، هذه الفقرة عن الأبهري.

فيأخذه صاحبه بثمره، إلّا أن يحب الغرماء أن يدفعوا إليه حقه، فهو أولىٰ به ما كان في الأصل.

فإذَا جُدَّ[١] فلا سبيل له إليه، ولا إلىٰ ما أُخِذ منه قبل ذلك[٢].

✍ إنَّمَا قال: «إنَّ له أخذ أصل الحائط بثمره إذا كان لم يُجَدَّ»؛ فلأنَّ ذلك عين ماله، وزيادة الثمر كزيادة السلعة في بدنها، كالأمة إذا سمنت، [١/٩٩/ب] وكذلك الدابة؛ لأنَّ الثمرة غير منفصلةٍ من النخل، كالسُّمْنِ غير منفصلٍ من الأمة.

فإذَا انفصلت الثمرة من النخلة فليس له أخذها، وذلك كانفصال اللبن والصوف من الغنم إذا بيعت، أنّه ليس للبائع أخذ ذلك؛ لأنّه خراجٌ، وكذلك إذا جُدَّت الثمرة أو بلغت الجداد وتناهت فهي للمشتري دون البائع، فهذا وجه قول مالك.

والذي يوجبه القياس، أنْ تكون الثمرة للمشتري إذا كانت قد أُبِّرَت[٣]، وكذلك يجب أن تكون في الشفيع، تكون الثمرة للمشتري إذا أخذ بالشفعة بعد الإبار؛ لأنَّ التمرة خراجٌ، فإذَا ثبت لها حكمٌ في ملك المشتري في الفلس والشفعة، فهي له دون البائع للنخل إذا وجدها في يد المفلس، ودون الشفيع إذا أخذ النخل من يد المشتري.

---

(١) قوله: «جُدَّ»، الجد: هو القطع، وجد الحائط، يعني قطع ثمره، ينظر: المغرب للمطرزي، ص (٧٧).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ٦٨].

(٣) قوله: «أُبِّرت»، التأبير: هو التلقيح، وهو أن يؤخذ طلع الذكر فيعلَّق بين طلع الإناث، ينظر: المنتقىٰ للباجي [٤/ ٢١٥].

والدليل علىٰ صحة ما قلنا: أنَّ النبيَّ صلىٰ الله عليه فَرَّقَ بين حكم الثمرة قبل الإبار وبعده، فجعلها بعد الإبار للبائع إلّا أن يشترطها المشتري مع النخل، وقبل الإبار للمشتري[1]، وكذلك حكمها في الرهن أَنَّهَا خراجٌ وأنها ليسن برهنٍ مع النخل، وإذا كان كذلك، وجب متىٰ ما أُبِّرت أن تكون للمشتري في الفَلَسِ والشفعة، وقبل ذلك للبائع في الفلس وللشفيع في الشفعة، والذي قاله مالك استحسانٌ، وهذا القياس، والله أعلم.

❁❁❁

[١٥٩٧] مسألة: قال: ومن أتىٰ سفينةً واشترىٰ قمحًا من هذا فصبه فيها، ومن آخر فصبه فيها، ثمّ أفلس، فهم أولىٰ به، يتحاصون علىٰ قدر أموالهم[2].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ القمح هو عين أموالهم، فلهم أن يأخذوه بالكيل علىٰ مقدار ما لهم من الكيل.

وهذا إذا كان شيئًا واحداً، فأمّا إذا كان مختلفاً بِيعَ وكانوا أسوةً فيه دون الغرماء، بمقدار ما لكل واحدٍ منهم في ثمن الطعام.

---

(١) متفق عليه من حديث ابن عمر: البخاري (٢٧١٦)، مسلم [٥/ ١٦]، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع إلّا أن يشترط المبتاع»، وهو في التحفة [٦/ ٢٠٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ٥٦]، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٩٨].

وليس يجوز أن يتقاسموا الطعام؛ لأنَّ ذلك يدخله بيع الطعام بالطعام متفاضلاً علىٰ القيمة.

❀❀❀

[١٥٩٨] مسألة: [١/ ١٠٠/أ] **قال: ومن عيَّن رجلاً في عطائه، فحُبِس العطاء وله مالٌ فيه وفاءٌ، فلا يأخذ ذلك من ماله**(١).

✍ يعني: أنّه يعطيه مالاً ليَدْفَع إليه أكثر مما أعطاه من عطائه، فهذا لا يجوز؛ لأنّه ربا، وتسقط عنه الزيادة، ويحاص بأصل المال مع الغرماء.

❀❀❀

[١٥٩٩] مسألة: قال: ومن شارك رجلاً في مالٍ بعينه، فلا يلحقه ما ادَّان شريكه(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ الشركة إنّما تكون في المال الذي اشتركا فيه دون غيره مما لم يشتركا فيه، فليس يلزم كلّ واحدٍ منهما ما استدان شريكه، ولا تكون بينهما شركةٌ في غير ما اشتركا.

والشركة علىٰ وجهين عند مالكٍ:

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ٨٥]، البيان والتحصيل [١٠/ ٤١٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ٧٩]، البيان والتحصيل [١٢/ ٢٣].

شـركة مفاوضة: وهي أن يتفاوضا فيما يشـتركان فيه من المال، يُفوض كلّ واحدٍ منهما إلىٰ صاحبه البيع والشراء علىٰ الانفراد.

وشركة عنان: وهي أن لا يبيع أحدهما دون صاحبه ولا يشتري.

فأمّـا ما يقول أهل العراق في المفاوضة: «إنَّ ما حدث لأحدهما من فائدةٍ، أو أرْشُ جنايةٍ، أو ميراثٍ علىٰ قول بعضهم، فهو بينهما علىٰ الشـركة»، فهذا غررٌ ولا يجوز ولا يحل، وقد «**نَهَىٰ رَسُولُ الله ﷺ عَنْ بَيْعِ الغَرَرِ**»(١).

ولأنَّ ذلـك أكل المـال بالباطل؛ لأنّه ليس هبةً عن طيب نفسٍ، ولا إخراجه علىٰ معاوضةٍ تحصل له.

❀❀❀

[١٦٠٠] مسـألة: **قال: ومن ارتهن سلعةً لرجلٍ فاشـتراها منه، ثمّ فَلَّسَ(٢)، فالمرتَهِنُ أولىٰ بها، فإن أحب البائع أن يفتكها من المرتهن فيكون أولىٰ بها بالثمن الذي له، ويحاص الغرماء بما افتكها به، فذلك له(٣).**

✍ إنَّمَـا قـال ذلـك؛ لأنَّ المرتهن قد قبـض الرهن فصار أولىٰ بـه من بائع السلعة، إلّا أن يعطيه بائعها فكاك الرهن، فله أخذها؛ لأنّها عين ماله.

(١) أخرجه مسلم [٥/ ٣]، وهو في التحفة [١٠/ ١٨٦].

(٢) قوله: «فاشتراها منه ثمّ فَلَّسَ»، كذا في شب، وصورة المسألة كما في البيان والتحصيل [١٠/ ٤١٥]: أن يشتري الرّجل السلعة بدين إلىٰ أجل، ثمّ يرهنها، ثمّ يفلس، والسلعة عند المرتهن.

(٣) المختصر الكبير، ص (٣١٩)، البيان والتحصيل [١٠/ ٤١٥].

ولا فـرق بيـن أن يجدها عند مرتهـنٍ أو عند المشـتري إذا فَلَّـسَ في أنَّ له أخْذَهَـا؛ لأنَّ ملك الرهن للراهن دون المرتهن، ثـمّ يحاص البائع الغرماء بفكاك الذي افتكها به؛ لأنَّ ذلك دَينٌ له عليه.

❀❀❀

[١٦٠١] مسألة [١/ ١٠٠/ب] **قال: ومن فَلَّسَ فوقعت له شفعةٌ، فقال له الغرماء: «خذها ونحن نزيدك مئه دينارٍ في ثمنها ونحطها من دينك»، فأبىٰ، فليس ذلك لهم عليه أن يأخذها**(١).

✍ إنَّمَـا قـال ذلك؛ مـن قِبَل أنّه ليس لهـم علىٰ الغريم أن يُمَلِّكُوه شـيئـًا لا يختار ملكه، وإنما لهم أخذ دَينهم من ماله إن وجدوا، وَإِلّا تبعوه في ذمَّته.

❀❀❀

[١٦٠٢] مسـألة: قال: ومن اسـتأجر أجيـراً علىٰ أن يحفـظ رحله وعلوفة ظهره أو بيع متاعه، فأفلس، فالأجير أسوة الغرماء(٢).

✍ إنَّمَـا قـال ذلك ؛ لأنَّ الاجير ليس له هاهنا عين مالٍ ولا شـيء حدث له تأثيرٌ بعمله، فكان أسوة الغرماء في الموت والفلس.

❀❀❀

[١٦٠٣] مسـألة: قال: ومن اكترىٰ داراً سـنةً، فسكن سـتة أشهر، ثمّ فَلَّسَ،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٩)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٠].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٩)، النوادر والزيادات [١٠/ ٧٣]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٧].

فصاحب الدّار أولىٰ بما بقي من السنة، ويحاص بما مضىٰ من السنة الغرماء، وإن أحبَّ أن يُسَلِمَ الدّار كلها ويحاص بالكراء كله، فذلك له[١].

✍ إنَّمَا قال: «إنَّ صاحب الدّار أولىٰ بما بقي من السنة»؛ لأنَّ ذلك عين ماله، فله أخذ ذلك، كما أنَّ له أخذ سلعته في الفلس، وما مضىٰ فهو أسوة الغرماء في أجرته.

فإن أحبَّ حاصَّ الغرماء بكل الكراء وسكن المفلس باقي السنة، كما يكون له ذلك في الفلس إذا وجد بعض سلعته[٢].

❀❀❀

[١٦٠٤] مسألة: قال: ومن باع سلعةً ففات بعضها وبقي بعضها، فإن أحب أن يأخذها بقيمتها مما باع، فذلك له، ويحاص بالباقي.

فإن أحب الغرماء أن يحبسوها ويدفعوا إليه قيمتها علىٰ حساب ما باع، فذلك لهم، وإن أحب أن يسلمها ويحاص، فذلك له[٣].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ بائع السلعة لمَّا كان له أخذُهَا كلها إذا وجدها عند

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٩)، النوادر والزيادات [٦/ ١٥٢ و ١٠/ ٧٧]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٦].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢٦] شرح المسألة عن الأبهري، وفيها زيادة، هي: «إلّا أن يدفع إليه الغرماء حصّة ما بقي من مدّة الإجارة بالتّقويم، فذلك لهم، ويحاصص هو بما مضىٰ من مدّة الإجارة؛ لأنّ تلك الأجرة عادت ديناً في ذمّة المكتري».

(٣) المختصر الكبير، ص (٣١٩).

مفلسٍ أو تركها ومحاصة الغرماء بثمنها، فكذلك له ذلك في بعضها إذا وجدها؛ لأنَّ حكم بعضها في هذا كحكم كلها، إلّا أن يريد الغرماء حبسها ودفع ثمنها إليه، فذلك لهم علىٰ ما بيَّنَّاه؛ لأنّه لا مقال له إذا دُفِعَ إليه الثمن.

وحكم بعض السلعة في هذا كحكم كلها؛ [١/١٠١/أ] لأنّه لمّا كان للغريم أن يدفع ثمنها كله أو بعضه ويأخذ البعض، ثمّ كان للغرماء حقٌّ في مال الغريم، فلهم فعل ذلك فيما بينهم وبين صاحب السلعة، كما كان ذلك للذي عليه الحق؛ لأنهم قد قاموا مقامه.

ألا ترىٰ: أنَّ الوارث يقوم مقام الموروث في أمواله وحقوق المال المتعلِّقة به، ثمّ كان الغرماء أحق بمال الميت من الوارث، كانوا أيضاً لهم من الخيار في أخذ سلعة الغريم المفلس ودفع ثمنها إلىٰ البائع مثل ما كان للمفلس، والله أعلم.

❀❀❀

[١٦٠٥] **مسألة: قال: وإذا أفلس الصُّنَّاعُ، فأخرج الصائغ سبيكةً فقال: «هذه لفلانٌ»، وأخرج النساج غزلاً فقال: «هذا لفلانٍ»، فلا يقبل ذلك منه إلّا ببينةٍ**[1].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنّه يُتَّهَم أنْ يكون يريد المحاباة لأحدٍ ممن يذكر أنّه له، فلا يقبل قوله بغير بينةٍ، كما لا يقبل إقراره إذا فَلَّسَ في المال الذي في يده.

وقد قال مالكٌ: «إنه يقبل إذا لم يُتَّهم»[2]، أعني في الصائغ؛ لأنَّ هذه الأشياء

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٩)، النوادر والزيادات [٧/ ٧٢ و ١٠/ ٤٨]، البيان والتحصيل [١٠/ ٤٠٢ و ٤٣١].

(٢) ينظر: النوادر والزيادات [١٠/ ٤٨].

أمانةٌ في يده وليس تتعلَّق بذمَّته كالدَّين الذي هو متعلِّقٌ في ذمّته يؤخذ من ماله فلا يجوز أن يَقْضِي بعض غرمائه دون بعضٍ.

وكذلـك لا يجوز أن يُقِرَّ فيه بدَينٍ؛ لأنَّ في ذلك إخراج المال عنهم، وذلك غير جائزٍ، ويلزمه الإقرار في ذمّته لمن أقر له.

❀❀❀

[١٦٠٦] مسـألة: قـال: ومن باع جاريـةً بمئة واقتضىٰ من ثمنها خمسـين، فولدت عند المشـتري - يعني: من غير سـيدها - ثمّ ماتت وفَلَسَ، فأراد أن يأخذ ذلك، فليرد الخمسين كلها.

وليس هذا مثل الرّجل يبيع الرأسـين فيقبض نصف الثمن، ثمّ يفلس ويجد أحدهما(١).

✍ إنَّمَـا قال ذلك؛ لأنَّ بقاء ولد الجارية الذي ولد بعد ملك المشـتري لها هو كبقاء الجارية؛ لأنَّ حكم الولد حكم الأم علىٰ ما بيَّنَّاه فيما تقدَّم.

وليـس للبائع أن يأخذ من الثمن شـيئـًا إذا أخذ الولد، كمـا أنّه ليس له أخذ شيءٍ منه إذا أَخَذَ الأم؛ من قِبَلِ أنّه لا يجوز له أن يأخذ سلعته وثمنها.

[١/١٠١/ب] وليس هذا بمنزلة سلعتين إذا بيعتا فاقتضىٰ بعض ثمنها، ثمّ تلفت

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٩)، وقد نقل التلمسـاني في شـرح التفريع [٩/ ١٤]، هذه المسألة.

واحدةٌ؛ لأنَّ إحداهما لا تقوم مقامَ الأخرىٰ، وليس حكم إحداهما حكم الأخرىٰ، فوجب أن يرد من الثمن بقدر ما يخص الباقية دون التي تلفت(١).

❀❀❀

[١٦٠٧] مسألة: قال: ومن باع جاريةً فاقتضىٰ بعض ثمنها، ثمّ فَلَّسَ فرده وأخذها، ثمّ وجد بها عيبًا، فإن شاء ردها وحاصَّهم، وإن شاء حبسها ولا شيء له(٢).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ البائع إذا وجد سلعته عند المشتري إذا فَلَّسَ، ثمّ أخذها بالثمن الذي له، فهو بمنزلة المشتري من المفلس؛ لأنّه كأنه اشتراها بالثمن الذي له.

ألا ترىٰ: أنّه ليس يُجبر علىٰ الأخذ إذا لم يُرِدْ أخذها.

فإذَا اختار أخذها، ثمّ وجد بها عيبًا حدث عند المشتري المفلس، كان له ردُّها بالعيب، ورجع إلىٰ الثمن فحاص الغرماء به، كما يكون ذلك له لو اشتراها من غيره.

❀❀❀

[١٦٠٨] مسألة: قال: ومن استدان فزَرَعَ فاستأجر أجيراً، ثمّ عجز عنه واستدان، فإنّه يُبْدَأُ بالآخر فالآخر؛ لأنّه أحياه للذي كان قبله، فإن فضل شيءٌ كان

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ١٤]، هذا الشرح عن الأبهري.
(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٩)، النوادر والزيادات [١٠/ ٦٣].

للأول، وإن لم يفضل شـيءٌ، لم يكن له شـيءٌ، والأجير يُبَدَّأُ علىٰ كلّ ذلك، كان أولاً أو آخراً(١).

✍ إنَّمَـا قال ذلك؛ لأنَّ صاحب الدَّين الأخير أقوىٰ سـبباً؛ لأنَّ حياة الزرع بماله كانت، ولولا دَينه الذي أنفق علىٰ الزرع لتلف الزرع.

وكان بمنزلة من وجد سلعته عند مفلسٍ، أنّه أحق بها من غيره الذي لم يجد عين سـلعته، ثمّ يكون بعده الذي يليه في النفقة، ثمّ الذي يليه علىٰ هذا الترتيب؛ لأنَّ كلّ من أخّر دَينه الذي جني به الزرع، أقوىٰ سبباً ممن تقدَّمه.

وكذلـك الأجراء، هم بهـذه المنزلة، يقـدَّم الأجير علىٰ الـذي تقدَّمه؛ لأنَّ بعملـه نبت الزرع وحَيَىٰ، فهو بمنزلة من وجد [عين ماله أنّه أولىٰ به من](٢) غيره، ثمّ الذي يليه علىٰ هذا [الترتيب المتقدِّم](٣).

❀❀❀

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٣٢٠)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ٧٣]، التفريـع مع شـرح التلمساني [٩/ ٣٢]، البيان والتحصيل [١٠/ ٥٤٤].

(٢) مـا بين [ ]، فـي موضع موضع طمس في المخطوط، والمثبت من شـرح التلمسـاني [٩/ ٣٣]، حيث نقل شرح المسألة عن الأبهري.

(٣) مـا بيـن [ ] في موضـع موضـع طمس في المخطوط، والمثبت من شـرح التلمسـاني [٩/ ٣٣]، حيث نقل شرح المسألة عن الأبهري.

[١٦٠٩] [مسألة: قال:][١] [........][٢] [١/١٠٢/أ] بعض غرمائه دون بعض، كبيعه وابتياعه[٣].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ من عليه الدَّين يجوز له التّصرُّف في ماله بالبيع والشراء، فكذلك يجوز له أن يقضي ويقتضي؛ لأنّه علىٰ أصل الإطلاق حتىٰ يحجر عليه، وقبل ذلك فله أن يتصرَّف فيما لا يتلف ماله[٤].

❀❀❀

[١٦١٠] مسألة: قال: ومن تكارىٰ أرضًا فزرع واستأجر، ثمّ رهن الزرع وقبضه المرتهن، ثمّ فَلَّسَ، فَبَدَأَ[٥] صاحب الأرض والأجير، يتحاصان، يُحَاص صاحب الأرض بكراء أرضه، ويحاص الأجير بإجارته[٦].

---

(١) ما بين [ ] مطموس، والسياق يقتضيه.

(٢) ما بين [ ]، قرابة نصف سطر أو أكثر مطموس، والسياق في مسألة: من أفلس ولم يوقف لتفليس، جاز له أن يقضي بعض غرمائه دون بعض، وفي التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٠]: «وليس له بعد التّفليس أن يقضي بعض غرمائه دون بعضٍ، وله ذلك قبل فلسه».

(٣) هذه المسألة غير مثبتة في المطبوع، ويشبه أن تكون هذه المسألة، ما في الكافي لابن عبد البر [٢/ ٨٢٨]: «ومن كان عليه دين يحيط بماله ولم يوقف لتفليس، فجائز أن يقضي بعض غرمائه دون بعض وجائز تصرفه في بيعه وشرائه»، وينظر: النوادر والزيادات [١٠/ ٤٣].

(٤) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٣]، هذه المسألة عن الأبهري.

(٥) قوله: «فَبَدَأَ»، كذا رسمها، ولعلها: «فيبدّأ».

(٦) المختصر الكبير، ص (٣٢٠)، النوادر والزيادات [١٠/ ٧٤]، البيان والتحصيل

✍ إنَّمَـا قال ذلك؛ لأنَّ صاحب الأرض والأجير هما بمنزلة من وجد عين ماله؛ لأنَّ الزرع بسـببهما وُجِد، بأرض صاحب الأرض، وبعمل الأجير، فكان[1] أولىٰ به؛ لأنَّ عينه وُجِدت بسببهما، فكانا أولىٰ من المرتهن الذي لم يوجد الزرع بفعله.

ثـم إن فضل منهما شـيءٌ، كان المرتهن أولىٰ به من سـائر الغرماء الذين لا رهن في أيديهم.

❀❀❀

[١٦١١] مسـألة: قال: ومن كان عليه دَينٌ ببينةٍ، فأقر بدَينٍ للناس وليسـت لهم عليه بينةٌ، فذلك ثابتٌ عليه ما لم يتبين فَلَسُه، فإذَا بان فلا يجوز ذلك له.

وكذلـك لـو أقر بدَيـنٍ لامرأتـه وأقام سـنين، ثمّ فَلَّـسَ، فإنهـا تحاص مع الغرماء[2].

✍ إنَّمَا قال: «إنَّ إقرار الذي عليه الدَّين ببينةٍ جائزٌ بالدَّين وإن لم يكن علىٰ إقـراره بينةٌ»؛ لأنّه لم يُفَلسـه الحاكم، ولا تبيَّن فلسُـه، فهـو علىٰ الأصل في جواز تصرُّفه في ماله بالبيع والشـراء والقضاء والاقتضاء، فكذلك هو في إقراره بالدَّين إذا كان عليه.

فإذَا فَلَّسـه الحاكم أو تبيَّن فَلَسُـه، لم يجز إقراره بالدَّين في المال الذي في

[١٠/ ٥٤١].

(١) قوله: «فكان»، كذا في شب.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٠)، المدونة [٤/ ٧٦ و ٧٧].

يديه؛ لأنّه يريد إخراجه من الذين فلّسوه، فاتُّهِم في ذلك، وكان في ذمَّته يؤخذ من ماله الذي يحدث له.

وكذلك إقراره لامرأته جائزٌ إذا كان ذلك في صحته، إ[ذا][١] كان [.......][٢] في إقراره لها، وتحاص مع الغرماء.

❁❁❁

[٢/٥/ب] [١٦١٢] **مسألة: قال: ومن كان له عند رجلٍ قِرَاضٌ، فأفلس وفي يده أمتعةٌ للناس، فإنّه يحاص الغرماء، إلّا أن يقيم البيّنة علىٰ شيءٍ أنّه من ماله**[٣].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ القِراض حقٌّ من الحقوق في يد المُقَارِضِ، فإذَا أفلس حاصَّ ربّ المال الغرماء بماله الذي في يده، كما يحاصه الغرماء بحقوقهم، إلّا أن يُعرَفَ عين ماله ويثبت ذلك ببينةٍ تقوم، فيكون أولىٰ به من سائر الغرماء، كما يكون بائع السلعة أحق بها إذا وجدها عند المشتري إذا فلّس.

❁❁❁

[١٦١٣] مسألة: قال: ومن صالح امرأته بعشرة دنانير إلىٰ شهرٍ[٤]، ثمّ فلّست، فهو والغرماء أسوةٌ، كما تحاص غرماء زوجها[٥] إذا أفلس بصداقها[٦].

---

(١) ما بين [ ]، مطموس، والسياق يقتضيه.

(٢) ما بين [ ]، طمس بمقدار كلمتين أو ثلاث كلمات، ولعلها: «غير متهمٍ».

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٢٠).

(٤) قوله: «إلىٰ شهرٍ»، ساقط من المطبوع.

(٥) قوله: «كما تحاص غرماء زوجها»، كذا في شب، وفي المطبوع: «كما يحاص وغرماء زوجها».

(٦) المختصر الكبير، ص (٣٢٠).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ العشـرة دنانير قد وجبت للزوج علىٰ امرأته بالخلع الذي خالعها وصارت دَينًا في ذمة المرأة بدلاً مما ملَّكَها من الطلاق، فوجب أن يحاص بها الغرماء كما تحاص المرأة بصداقها غرماء زوجها؛ لأنَّ ذلك بدلٌ من بُضْعِها الذي قد استمتع به الزوج، فكذلك الزوج يحاص ببدل ما أخرج من يده من الاستمتاع غرماءَ الزوجة.

۞۞۞

[١٦١٤] مسألة: قال: ومن حمل طعامًا علىٰ ظهرٍ أو سفينةٍ، ثمّ فَلَّسَ، فهو أولىٰ بما في يديه حتىٰ يستوفي كراءَه[١].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنّه بقبضه الطعام وحوزه له صار أولىٰ به؛ لقوة سببه، كما يكون المرتهن أولىٰ بالرهن الذي في يده؛ لقوة سببه بقبضه الرهن وحوزِهِ من سائر الغرماء.

وكذلك الصُّنَّاع هم أولىٰ بما في أيديهم مما عملوه؛ لقبضهم ذلك، حتىٰ يُعْطَوا أجرة ما عملوه.

۞۞۞

[١٦١٥] مسألة: قال: ومن تزوّج امرأةً بعبدٍ بعينه، وعليه دَينٌ يحيط بماله، فيقوم عليه الغرماء، فهي أحق به حين لم يُوقف علىٰ فَلَسٍ حتىٰ أصدقها[٢].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٠)، النوادر والزيادات [١٠/ ٧٥]، البيان والتحصيل [١٠/ ٥٤٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٠).

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ العبد قد وجب للمرأة وصار لها بإصداق الزوج ذلك لها، وذلك بمنزلة ما لو باعه منها؛ لأنَّ تصرفه [٢/٦/أ] في ماله جائزٌ - وإن كان عليه دَينٌ - في البيع والشراء حتىٰ يفلِّسه الحاكم، فكذلك فيما أصدق امرأته.

❀❀❀

[١٦١٦] مسألة: قال: ومن تكارىٰ كراءً فزاغ عنه الكَرِيُّ، فلا أرىٰ للسلطان أن يتكارىٰ عليه، إلّا أن يكون له مالٌ فيتكارىٰ له عليه، ويحاصُّ الغرمَاءَ بالكراء الذي له عليه، ولا يحاصهم بقيمة سلعته التي أعطاه[١].

✍ إنَّمَا قال ذلك؛ لأنَّ السلطان لا يجوز له أن يَغُر من يكتري له منه عليه إذا لم يكن للكرِيِّ الذي هرب مالٌ؛ لأنَّ المكري الثاني لا يرجع إلىٰ ثقةٍ في كرائه.

فإذَا كان له مالٌ جاز أن يكتري عليه؛ لأنَّ ذلك حقٌّ لزمه، فليس يزول عنه بالهرب.

فإن لم يكن له مالٌ، حاص المكتري غرماء الكرِيِّ الذي هرب في ماله إن كان له أو حدث له.

وقوله: «لا يحاصهم بقيمة السلعة»؛ لأنَّ السلعة التي دفعت إليه علىٰ أن يحملها فأخذها وهرب في يده علىٰ وجه الأمانة، وليست في ذمّته كالكراء الذي قبض، فلذلك لم تجب له محاصتهم بقيمة السلعة.



(١) هذه المسألة غير مثبتة في المطبوع.

باب الحمالة[1]

[١٦١٧] قال: ومن تَحَمَّلَ لرجلٍ بصاحبه يأتيه به الغد، فخرج الذي تَحَمَّلَ به من ليلته، فإنَّ الحمِيل غارمٌ للمال[2].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الحمالة هي وثيقةٌ للمُتَحَمَّلِ له بالدَّين الذي له علىٰ المُتَحَمَّلِ عنه، كالرهن الذي هو وثيقةٌ للمرتهن بدينه، فوجب أخذ حقه منه، فكذلك وجب أن يأخذ المُتَحَمَّلُ له حقه من الحمِيل إذا لم يأت بالمُتَحَمَّلِ عنه، وَإِلّا فلا فائدة في الحمالة إذا لم يؤخذ الدَّين من الحميل.

ومما يدل علىٰ أنَّ الحمِيل يَغْرَمُ ما علىٰ المُتَحَمَّلِ عنه إذا لم يأت به، وإن لم يشترط غرامة المال: أنَّ الحَمَالَةَ لا تجوز في الحدود بإجماع العلماء، وهو أن يتحمَّل رجلٌ عن رجلٍ لزمه حدٌّ أو قصاصٌ، والمعنىٰ في ذلك أنَّه لا يجوز أن يُحَدَّ أحدٌ عن أحدٍ، ولا يُقْتَل أحدٌ عن أحدٍ، فلمّا لم يجز ذلك، لم تجز فيه الحمالة، [٦/٢/ب] ولَمَّا جازت الحمالة بالبدن في الأموال، ثبت أَنَّهَا إنَّما جازت

---

(١) قوله: «الحمالة»، الحمالة: هي أن يلزم المُتَحَمِّلَ إحضارُ ما تحميل به، وهي الكفالة، والزعامة، والضمان، ينظر: المنتقىٰ للباجي [٦/ ٨٠].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢١)، المختصر الصغير، ص (٦٦٦)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٠)، المدونة [٤/ ٩٦]، مختصر أبي مصعب، ص (٤٦٦).

في الأموال؛ لأنَّ الحمِيل إن لم يأت بالمتحملِ عنه لزمه ما كان يلزم المحمول عنه من المال، والله أعلم[١].

فإن اشترط الحميلُ: أنّه إنَّما يتحمل ببدن الذي عليه الدَّين، لا بالمال الذي عليه، لم يكن عليه غُرم المال؛ لأنّه قد شرط أنَّ ذلك ليس عليه، وإن غاب عنه المتحمل.

وإن شرط المُتَحَمَّلُ له علىٰ الحمِيل: أنَّ عليه المال، جاء بالمتحَمَّلِ عنه أو لم يأت به، فعلىٰ الحمِيلِ المال، أتىٰ بالمتحمل عنه أو لم يأت به.

وقد رَوَىٰ إسماعيل بن عياش، عن شرحبيل بن مسلم، قال: سمعت أبا أمامة يقول: سمعت رسول الله صلىٰ الله عليه في خطبة حجة الوداع يقول: **«الدَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»**[٢].

❀❀❀

[١٦١٨] مسألة: قال: ومن تَحَمَّلَ برجلٍ عليه دَينٌ فمات، غرم الحميل[٣].

✍ معنىٰ هذه المسألة: أن يتحمل الحمِيل بالمال الذي هو علىٰ الغريم، لا البدن، فإذا تَحَمَّلَ بالمال الذي عليه، ثمّ مات المُتَحَمَّلُ عنه ولا مالَ له، غرم الحمِيل عنه الدَّين الذي تَحَمَّلَ به.

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢١٨ و ٢٣٢]، هذه الفقرة عن الأبهري.

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٤٣ .

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٢١)، المدونة [٤/ ١٠٠]، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٠).

فأمّا إذا تَحَمَّلَ ببدنه ولم يشترط المال، ثمّ مات المُتَحَمَّلُ عنه، لم يكن على الحمِيل شيءٌ؛ لأنَّ الموت لا صنع فيه للحميل، ولا يقدر على دفعه.

وإن غاب أو هرب، كان على الحمِيل غُرْم المال؛ لأنَّ الحمِيل قد كان يقدر أن يحترز من غيبة المُتَحَمَّلِ عنه أو هربه، ولا يقدر أن يحترز من موته.

وقد قال مالك: «إنَّ الحمِيل ضامنٌ لذلك، يؤخذ من ماله إذا لم يشترط البراءة من المال»(١)، وهذا الوجه هو أظهر من الوجه الأول، والله أعلم.

❀❀❀

[١٦١٩] مسألة: قال: وإذا تَحَمَّلَ رجلٌ لرجلٍ، فحل الحق، فقد اختُلِف فيه بأيهما يبدأ بماله:

⇦ فقيل: يبدأ الطالب بمال أي الرجلين شاء، إن شاء بالحميل، وإن شاء بالغريم.

⇦ وقيل: يباع مال الغريم، إلّا أن يكون ميراثًا فيُبْدَأُ بمال الحميل.

⇦ وقيل: أمّا كلّ رجلٍ موسرٍ ظاهر المال، فيبدأ [٢/٧/أ] بالمال(٢)، فإن عجز رجع إلى الحمِيل، وأمّا كلّ معدمٍ أو غائبٍ موسرٍ، فإنّه يؤخذ من الحمِيل ولا ينتظر الغريم، وبهذا نأخذ(٣).

✍ وجه قوله: «إنه يأخذ الغريم من أي الرجلين شاء، الحميل أو الذي

---

(١) ينظر: الموطأ [٤/ ١٠٨٦].

(٢) قوله: «بالمال»، كذا في شب، ولعلها: «بالغريم».

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٢١)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٠)، المدونة

عليـه الحق»؛ فلأن الذي عليه الحق قد لزمه ذلك لصاحبه، فله أن يأخذه إن شـاء بالأصـل الـذي له عليه، وله أن يأخذ الحمِيل بما لزمـه من الضمان؛ لأنَّ الضمان يُلزم الضامن به أداء الحق إلىٰ المضمون له، كما يلزم الذي عليه أصل الحق أداء ذلك، فكان صاحب الحق مخيراً أن يطالب من شاء.

ووجـه قوله: «إنَّه يبدأ بمال الغريم الذي عليه الحـق، فإن وفَّىٰ بالدَّين وَإِلّا أخـذ ذلك من مال الحمِيـل»؛ فلأنَّ الذي عليه الحق قد أخذ عوض ما يؤخذ منه، ولـم يأخذ الحمِيل عوض ما يؤخذ منه، وإنما دخل علىٰ وجه المكرمة والثواب، فـكان التبدئـة بالـذي عليه الحق أولـىٰ، إلّا أن يكـون الذي عليه الحـق غائبـاً أو معدمـاً فإنّه يؤخذ من الحمِيل؛ لأنّه في أخذه منه في هذه الحال وتبدئته بالحميل معـذورٌ، وهذا قول مستحسـنٌ، والقياس أنَّ لصاحب الحـق مطالبة أي الرجلين شاء، الضامن أو المضمون عنه؛ لِمَا ذكرناه[1].

❀❀❀

[١٦٢٠] مسألة: قال: وإذا مات الحمِيل قَبْلَ الأجل، فقد اختلف فيه:

⇦ فقيل: يقضىٰ من ماله إذا مات من تحَمَّل به.

⇦ وقيـل: يؤخذ من ماله فيوقف حتىٰ يحل الحق، فإن قضاه، رُدَّ المال إلىٰ

[٤/ ٩٩]، االنوادر والزيادات [١٠/ ١١٤]، التفريع مع شـرح التلمساني [٩/ ٢٢٢]، البيان والتحصيل [١١/ ٣١٩].

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢٢٣]، هذه الفقرة من الشرح عن الأبهري.

ورثتـه، وإن لم يقضه، دُفِـعَ إلىٰ الغريم في حقه ولم يدخـل الغرماء عليه، والأول أعجب الينا(١).

✍ وجه قوله: «إنَّ الحق يؤخذ من مال الحمِيل إذا مات»؛ فلأن الحق يحل علىٰ من عليه بموته، سـواءٌ وجب ذلك مـن ضمانٍ أو غيره، فوجب أن يؤخذ من مال الحمِيل ما قد لزمه بالضمان ويُدْفَعُ إلىٰ المُتَحَمَّلِ له، كما لو مات المضمون عنه الذي عليه أصل الحق.

ووجـه قوله: «إنه يؤخـذ [٢/٧/ب] من مال الحمِيل الحـق فيوقف حتىٰ يحل الحـق، فإن قضاه الـذي عليه الحق رُدَّ مال الحمِيل الىٰ ورثته، وإن لم يقضه، دُفِعَ إلىٰ صاحب الحق»؛ فلأنَّ الحمِيل إنَّما تَحَمَّلَ بالحق ودَفْعِهِ إلىٰ صاحبه المُتَحَمَّلِ لـه في وقـت ما، وهو وقت محلـه، وليس عليـه أن يدفع قبل ذلك لـو كان حياً، فكذلك لا يؤخذ من ماله إذا مات قبل ذلك.

ووجب أن يُوقَف ذلك ولا يُدْفع إلىٰ ورثة الحمِيل؛ لأنّه قد وجب فيه حقٌّ، وقد يجوز أن يُتْلِفُوه فلا يرجع المتحمَّل له إلىٰ شيءٍ يأخذه، فإن قضاه الذي عليه الحـق دُفِـع إلىٰ ورثته، وإن لم يقضه، أخذه بحقه، واتَّبع ورثته الحمِيل الذي عليه الحق فأخذوا ذلك من ماله، أو اتبعوه في ذمّته إن لم يكن له مالٌ(٢).

❀❀❀

(١) المختصـر الكبير، ص (٣٢١)، المدونة [٤/ ١٠٠]، النوادر والزيادات [١٠/ ١١٦]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٢٧].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢٢٩]، شرح المسألة عن الأبهري.

[١٦٢١] مسـألة: قال: وتجوز حمالة المرأة بغير إذن زوجها، ما بينها وبين ثلث مالها[١].

✍ إنَّمـا قال ذلـك؛ لأنَّ المرأة لا يجوز لها أن تتصرف فـي مالها علىٰ غير وجـه المعاوضة في أكثر مـن ثلث مالها، فلا تجوز حمالتهـا بغير إذن زوجها في أكثر من ثلث مالها؛ لأنَّ الحمالة: إخراج مالٍ علىٰ غير عوضٍ، وقد قال النبيُّ ﷺ: **«لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»**[٢]، هذا معنىٰ الحديث.

❀❀❀

[١٦٢٢] مسـألة: قـال: ومـن لزم رجـلاً بحقٍّ لـه، فقال له رجـلٌ: «أنا لك بمالك[٣]، فَخَرِّق الذِّكْرَ الحق[٤] واطلبني بما عليه» - من غير أن يكون تحولٌ علىٰ حقٍّ[٥] كان للغريم، إلاَّ حَمَالَةً -، فشَقَّ الصحيفة واتبعه، وأفلس أو مات، فلا شيء له، فإنّه يرجع إلىٰ غريمه الأول[٦].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢١)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٠)، المدونة [٤/ ١٢٢]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٤٨].

(٢) أخرجـه أبو داود [٤/ ١٩٨]، والنسـائي في الكبـرىٰ [٣/ ٥٣]، من حديث عمرو بن شـعيب، عن أبيه، عن جده، أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها»، وهو في التحفة [٦/ ٣٠٦].

(٣) في موطأ ابن وهب، ص (٧١): «فتحمّل به رجل من النّاس فقال: أنا لك بمالك».

(٤) قولـه: «الذِّكْـرَ الحق»، ذكـر الحق: هو صـك الدَّين، وجمعه ذكور حق، ينظر: لسـان العرب [٤/ ٣١٠].

(٥) في موطأ ابن وهب، ص (٧١): «تحولَ عليه بحقٍّ».

(٦) المختصر الكبير، ص (٣٢١)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧١).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ هذه حمالةٌ وليست حوالةٌ؛ لأنَّ الحمالة هي وثيقةٌ وليس انتقالاً من دَينٍ إلىٰ دَينٍ، والحوالة انتقالٌ من دَينٍ إلىٰ دَينٍ، فللمتحمل له أن يرجع إلىٰ المُتَحَمَّلِ عنه فيطالبه إذا لم يعطه الحمِيل حقه؛ [٢/٨/أ] لأنَّ الحق لم يُنْقَل عنه إلىٰ الحمِيل، وإنما الحمالة وثيقةٌ كالرهن أنَّ الدَّين لا ينتقل من ذمَّة الراهن إلىٰ الرهن، وإنما الرهن وثيقةٌ به، وحكم الحمالة والكفالة والضمان حكمٌ واحدٌ، وهي ألفاظٌ مختلفةٌ لمعنىٰ واحدٍ وحكمٍ واحدٍ.

فأمّا الحوالة فهي مخالفةٌ للحمالة؛ لأنَّ الحوالة انتقالٌ من دَينٍ إلىٰ دَينٍ، كأنَّ صاحب الدَّين باع دَينه الذي علىٰ زيدٍ بالدَّين الذي لزيدٍ علىٰ عمرٍو، فمتىٰ مات عمرٌو أو فلَّس، لم يرجع علىٰ زيدٍ.

❀❀❀

[١٦٢٣] مسألة: قال: **والحمالة بِجُعْلٍ حرامٌ لا تحل**(١).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الحمالة معروفٌ وفعل خيرٍ، ولا يجوز أن يأخذ الانسان عوضًا علىٰ شيءٍ يفعله علىٰ وجه المعروف والقربة إلىٰ الله جَلَّ وَعَزَّ، كما لا يجوز أن يأخذ عوضًا علىٰ معروفٍ يأمر به أو منكرٍ ينهىٰ عنه، أو صلاةٍ يصليها، أو صومٍ يصومه؛ لأنَّ فعل هذه الأشياء قربةٌ إلىٰ الله عَزَّ وَجَلَّ، وليس طريقها المكسب للدنيا.



(١) المختصر الكبير، ص (٣٢١)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٢)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٢٦].

[١٦٢٤] مسألة: قال: ومن تَحَمَّلَ لرجلٍ بدَينٍ، فهلك المتَحَمِّلُ، رجع صاحب الحق علىٰ غريمه[(١)].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ الحمالة وثيقةٌ لصاحب الحق، بمنزلة الرهن هو وثيقةٌ للمرتهن، وليس هو انتقالاً من دَينٍ إلىٰ دَينٍ، ولا من ذمَّةٍ إلىٰ ذمَّةٍ، فمتىٰ هلك الحمِيل، رُجِعَ إلىٰ المُتَحَمَّلِ عنه، كما إذا تلف الرهن فللمرتهن أخذ حقه من الراهن، والله أعلم.

❀❀❀

[١٦٢٥] مسألة: قال: ومن تَحَمَّلَ بوجهِ رجلٍ[(٢)] فخرج إلىٰ سفرٍ، كان عليه أن يعطيه الحق.

والحميل بالوجه إذا لم يأت به، حميلٌ بالحق، إلّا أن يشترط: «أَنِّي[(٣)] حميلٌ

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٢)، الموطأ [٤/ ١٠٨٦].

(٢) الحمالة قد تكون بالوجه، أو بالمال، أو بالطلب:
فأمّا الحمالة بالوجه: فهي أن يقول: أتحمل به أو بوجهه أو بعينه أو أضمن إحضاره والإتيان به، فهذا يبرأ بإحضاره موسرَاً كان أو معسرَاً.
وأمّا الحمالة بالمال: فهي أن يقول: أنا حميل بما عليه أو بما ثبت عليه ببينة أو بإقراره أو بما يعامله به، فهذا لم يبرأ بإحضاره إلّا أن يكون موسرَاً.
وأمّا الحمالة بالطلب: فهي أن يقول: أنا حميل بطلبه، أو عليَّ أن أطلبه، فليس عليه سوىٰ ذلك، فإن أعجزه أو غاب عنه إلىٰ موضعٍ بعيدٍ وليس من شأنه السفر إلىٰ مثله، لم يكن عليه شيء، ينظر: التبصرة للخمي [١٢/ ٥٦٠١].

(٣) قوله: «أَنِّي»، كذا في شب، وفي المطبوع: «إلىٰ».

بوجهه، لستُ[١] من المال في شيءٍ»، فإن شرط ذلك فلا مال عليه[٢].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ فائدة الحمالة إنَّما هي ليأخذ المُتَحَمَّلُ له الحق من الحمِيل متىٰ لم يأت به، وذلك أن يغيب أو يهرب، وَإِلّا فلا فائدة للحمالة في المال، كما لا فائد للحمالة [٢/٨/ب] في الحدود والقصاص في القتل والجرح، ولم تجز الحمالة بها؛ لأنّه لا يجوز أن يُحَدَّ غير من لزمه الحد، وكذلك القتل، ثمّ لمّا جازت الحمالة في المال، دل أنَّ ذلك لأنّه يؤخذ من الحمِيل ما كان علىٰ المُتَحَمَّلِ عنه، إلّا أنْ يشترط الحمِيل أنّه إنَّما هو حميلٌ بالبدن دون المال، فلا يلزمه المال؛ لأنّه علىٰ ذلك دخل.

❀❀❀

[١٦٢٦] مسألة: قال: وإذا تحملت المرأة بزوجها، ثمّ ادَّعَت الإكراه، فإنَّ ذلك يُكشف[٣][٤].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنّه إذا ثبت أَنَّهَا أُكرِهَت علىٰ الحمالة لم يلزمها ذلك، كما لا يلزم المكره علىٰ البيع ما باع، وكذلك الطلاق وغيره.

❀❀❀

---

(١) قوله: «لستُ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ليس».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٢)، المدونة [٤/ ٩٧]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٠٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٣١ و ٢٣٤]، البيان والتحصيل [١١/ ٣٧٣].

(٣) قوله: «يُكشف»، كذا في شب، والموافق لما في النوادر والزيادات [١٠/ ١٤٨]، وفي المطبوع: «تعسف».

(٤) المختصر الكبير، ص (٣٢٢)، المدونة [٤/ ١٢٥]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٤٨].

[١٦٢٧] مسألة: قال: وإذا تَحَمَّلَ الرجلان بالرجل: أيهما شاء أن يأخذ بحقه أخذه - من سلعةٍ باعها إياهما حيهما بميتهما -، فمات أحدهما[١]، فإنّه يأخذ حقه من ماله كله، ويتبع الورثة الآخر بما عليه إلىٰ منتهىٰ أجله، وليس لهم شيءٌ قبل ذلك.

ولو أنَّ الميت لم يكن له مالٌ، لم يكن لصاحب الحق أن يأخذ من الباقي شيئًا حتىٰ يحل أجله[٢].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ أصل الحق قد وجب علىٰ الرجلين جميعًا، علىٰ كلّ واحدٍ منهما نصفه، ولزم كلّ واحدٍ منهما ضمان النصف الآخر الذي علىٰ صاحبه، فلصاحب الحق أن يطالب من شاء منهما إذا حل أجله.

فإن مات أحدهما، كان لصاحب الحق أن يأخذ حقه كله من مال الميت، النصف بالذي عليه من أصل الحق، والنصف الآخر بما لزمه من الضمان عن صاحبه، فإن لم يكن له مالٌ، لم يكن لصاحب الحق أن يطالب الباقي بحقه حتىٰ يحل أجله؛ لأنّه لم يجب عليه بموت صاحبه شيءٌ وإنما وجب علىٰ صاحبه بموته؛ لأنَّ الدَّين يحل علىٰ الميت، فأمّا الحي فلا يحل عليه حتىٰ أجله، إلّا أن يفلس الحي فيحل عليه الدَّين.

ومتىٰ أخذ صاحب الحق من مال الميت كله، رجع ورثته علىٰ الآخر

---

(١) في البيان والتحصيل [١١/ ٢٩٨]: «سافر أحدهما ومات الآخر».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٢)، النوادر والزيادات [١٠/ ١١٨]، البيان والتحصيل [١١/ ٢٩٨].

بنصف الحق [٢/٩/أ] يأخذونه منه إذا حل عليه؛ لأنهم إنَّما غرموا عنه، فلهم أن يرجعوا عليه فيأخذوه منه.

❀❀❀

[١٦٢٨] مسألة: قال: ومن باع غلامه وانتزع ماله وعليه دَينٌ، وتحمَّل: «أن يأتي بعْضَ غرمائه بماله إذا طلبه، سالمًا من كلِّ علقٍ ينقص حقه»، فذلك حمالةٌ(١).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ سيد العبد الذي باعه قد تَحَمَّلَ بدَين العبد الذي عليه، فالحمالة لازمةٌ له لأرباب الدَّين، لأنَّه قد ألزم نفسه ذلك.

❀❀❀

[١٦٢٩] مسألة: قال: ومن تَحَمَّلَ بكراءٍ، فأعطاه الكَرِيُّ دنانير وثيقةً من حمالته، فأفلس فأراد الغرماء يدخلون عليه، فليس ذلك لهم، وهو بمنزلة الرهن(٢).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ المُتَحَمِّلَ بقبضه الدنانير قد صار بمنزلة المرتهن إذا قبض الرهن، فهو أولىٰ به من سائر الغرماء؛ لقبضه الرهن وحوزه إياه، فكذلك

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٢)، وقد جاءت صورة المسألة في البيان والتحصيل [١١/ ٢٩٧]: أن غلامًا له دَين علىٰ رجل، وسيد الغلام قد تحمل بالدَّين، ثمّ عن السيد باع غلامه، فطلب صاحب الدَّين من السيد دَينه، فقال السيد: ليس ذلك له حتىٰ يبلغ الأجل، يعني: أجل الدَّين.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٢).

هـذا هو أولىٰ بالدنانيـر؛ لقبضه لها وثيقةً بحقه الذي يجب له بالحمالة من سـائر الغرماء.

❀❀❀

[١٦٣٠] مسألة: قال: ومن كان له علىٰ رجلٍ حقٌّ، ثمّ باعه بيعًا وكتب علىٰ رجل حمالةً، أيهما شاء أن يأخذ بحقه أخذ، ثمّ مات فباع كلّ شيءٍ له فاستوفىٰ ثلثي حقه، فسأله ورثته أن يحلله ففعل، ثمّ ذهب إلىٰ الحمِيل يطالب، فقال: «قد أحْلَلْتَ الذي تَحَمَّلْتُ لك به، وليس لك شيءٌ»، فأرىٰ أن يكون الذي وصل إليه من المالين جميعًا بالحصص، ويحلف بالله ما وضعت إلّا للميت، ثمّ يكون علىٰ حقه[1].

✍ يعني: يكون علىٰ الميت حقان، حقٌّ بحمالةٍ وحقٌّ بغير حمالةٍ، فيُقْضَىٰ بعض ذلك، فهو بالحصص، أعني: ما يقضيه أو يُقضىٰ عنه، ويلزم الحمِيل ما يبقىٰ من الحق الذي تَحَمَّلَ به بعد أن يحلف ربُّ المال أنّه ما وضع الذي وضعه إلّا من المال الذي هو بغير حمالةٍ؛ لأنَّ ما هو بحمالةٍ قد لزم الحمِيل، فليس يزول عنه بقوله بغير بينةٍ تقوم له، وعلىٰ المُتَحَمَّلِ له اليمين؛ لأنَّ البيّنة علىٰ المدعي واليمين علىٰ المنكِر.

❀❀❀

[١٦٣١] مسألة: قال: [٢/٩/ب] **ومن تَحَمَّلَ لرجلٍ بحقٍّ، فأخَّره عند محل**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٢)، المدونة [٤/ ٩٩]، النوادر والزيادات [١٠/ ١٤٤]، الجامع لابن يونس [١٨/ ٧٢]، البيان والتحصيل [١١/ ٣٠١].

الأجل، فقال له الحمِيل: «قد انفسخت حمالتي»، فليس ذلك له، وهو حميلٌ كما هو يقول، إلّا أن يكون قام عليه[١].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ تأخيره الحق هو رفقٌ منه بالذي عليه الحق، لا إسقاطٌ منه له، فله أن يطالبه إذا انقضت مدَّة التأخير، وكذلك له أن يطالب الحمِيل بذلك.

ألا ترىٰ: أنّه لو أَخَّـرَ الحمِيلَ فـي المطالبة، لكان لـه أن يطالبه بعد ذلك، فكذلك إذا أَخَّرَ صاحب المال، فله أن يطالبه، والحميل بذلك.

وإنما يخرج الحمِيل من الحمالة بأداء الذي عليه الحق إلىٰ ربه، أو إبراء ربه إيـاه منه، وأمّا تأخيـره عليه فليس يُخْرِجُ الحمِيلَ من الحمالة؛ لأنَّ الحق باقٍ علىٰ الذي عليه الحق، كما لا يخرج الذي عليه الحق منه، والله أعلم.

❀❀❀

[١٦٣٢] مسألة: قال: **ومن تَحَمَّلَ فمات قبل الأجل، فدعا ورثتُهُ إلىٰ وثيقةٍ بالحق، فأبىٰ الغريم، فليس ذلك لهم، ويأخذ حقه**[٢].

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ الحق قد وجب في مال الحمِيل إذا مات، فللمُتَحَمَّلِ له أن يأخذه، وليس عليه أن يأخذ به وثيقةً، إلّا أن يحب ذلك.

❀❀❀

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٣٢٢)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ١٤٤]، البيان والتحصيل [١١/ ٣٠٢].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٣).

[١٦٣٣] مسألة: قال: وإذا كتب الرّجل حقه علىٰ الرجلين: «حيهما عن ميتهما، فأيهما شاء أن يأخذ أخذ»، فلا بأس بذلك.

وليس له أن يعمد إلىٰ أحدهما فيأخذه بماله كله وكلاهما حاضرٌ موسرٌ، فأمّا إذا كان معسراً أو غائباً فذلك له.

فإن كان أحدهما غائباً فقام علىٰ الحاضر، فلم يجد عنده إلّا نصف الحق، فأخّره السلطان بالنصف الآخر، ثمّ قدم الغائب، فله أن يأخذه بحقه كله[1].

✍ إنّما قال: «إنَّ حمالة الرجلين كلُّ واحدٍ منهما عن صاحبه جائزةٌ»؛ فلأنه لا فرق أن يتحمل كلّ واحدٍ من الرجلين عن الآخر، أو يتحمل واحدٌ عن آخر من غير أن يتحمل عنه الآخر؛ لأنَّ ذلك كله إلزام الإنسان نفسه حقّاً وضماناً به، فذلك لازمٌ له، كما قال النبيُّ ﷺ: [٢/ ١٠/أ] «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»[2].

وليس له أن يطالب أحدهما دون الآخر إذا كان صاحبه موسراً؛ لأنَّ ذلك علىٰ وجه الإضرار به.

وهذا هو علىٰ وجه الكراهة لا الواجب، فأمّا الواجب فله أن يطالب من شاء منهما بكل الحق، علىٰ ما بيَّنّاه فيما تقدَّم.

فأمّا إذا كان غائباً أو معسراً فله أن يطالبه بحقه كله، أو ما وجد عنده، ويأخذ ما لم يجد من صاحبه إذا قدم.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٣)، المدونة [٤/ ١٠٤]، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٢).
(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٤٣ .

وقولـه: «وإن كان أحدهمـا غائبـًا،» يعني: أنَّ له إذا قـدم الغائب أن يأخذه بحقه الذي أخَّره السـلطان به الحاضر والقادم؛ لأنَّ علىٰ ذلك كتبا علىٰ أنفسهما، ثمّ يرجع المأخوذ منه الحق منهما علىٰ صاحبه.

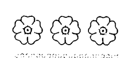
❀❀❀

[١٦٣٤] مسـألة: قـال: وإذا تحمَّلت المـرأة عن ابن زوجهـا بدينٍ ورهنته بذلك عبداً لها عنه، فحل الأجل وهو غائبٌ، فتدفع ذلك بالسلطان أوثق لها، وإن دفعته بغير السلطان، أجزأها[١].

✍ إنَّمـا قـال ذلك؛ ليثبُتَ لها عند السـلطان ما تدفعه مـن الحق، فترجع به علىٰ من تحملت عنه، وذلك أحوط لها.

فإن فعلت بغير سلطانٍ جاز لها ذلك.

وإنما هذا جواب مسألةٍ سُئل عنها مالك، فأشار بذلك.



[١٦٣٥] مسألة: قال: ومن أحال رجلاً علىٰ رجلٍ وهو مليءٌ أو مفلسٌ، قد عَلِمَ بفَلَسِه، ثمّ رضي به وبرَّأه منه، فليس له أن يرجع علىٰ صاحبه.

وإن أحاله علىٰ مفلسٍ لا يعرفه، فإنّه يرجع عليه؛ لأنّه غره ولم يطَّلع منه علىٰ مثل ما اطلع هذا[٢].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٣).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٣)، المختصر الصغير، ص (٦٦٧)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٣)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٢٤١].

✍ إنَّما قال: «إنه لا يرجع المحتال في الحوالة علىٰ المُحِيلِ الذي كان عليه الدَّين، متىٰ فلَّس المحتال عليه أو كان مفلساً فعلم به صاحب الحق - وهو المحتال -؛ لأنَّ الحوالة هي بيع دَينٍ بدَينٍ، باع صاحب الحق دَينه الذي له علىٰ زيدٍ بالدَّين الذي لزيدٍ علىٰ عمرو، فليس له أن يرجع علىٰ زيدٍ متىٰ مات عمرو أو أفلس؛ لأنَّ حقه قد وجب علىٰ عمرو وفي ذمّته دون ذمة زيدٍ[1].

وذلك مخالفٌ للحمالة [٢/١٠/ب] والكفالة والضمان علىٰ ما ذكرناه؛ لأنَّ هذه وثيقةٌ وليس بيع شيءٍ بشيءٍ.

فأمّا إذا غره بِفَلَسٍ فإنّه يرجع علىٰ من غَرَّهُ؛ لأنَّ ذلك عيبٌ لم يرض به صاحب الحق، كما يرجع المشتري علىٰ البائع بأرش العيب إذا دلَّس له بالعيب، أو يرد السلعة إن كانت باقيةً.

والحوالة هي بيع دَينٍ بدَينٍ علىٰ ما ذكرنا، وهي مستثناةٌ من جملة الدَّين بالدَّين؛ لأنّها معروفٌ، كما كانت العَرِيَّةُ مستثناةً من المزابنة؛ لأنّها معروفٌ، وكما جاز قرض الدرهم بالدرهم إلىٰ أجلٍ، وكذلك الطعام بالطعام؛ لأنَّ ذلك معروفٌ.

وقد رَوَىٰ مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، أنَّ رسول الله صلىٰ الله عليه قال: «**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، وإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَىٰ مَلِيٍّ، فَلْيَتْبَعْ**»[2].

ولو جاز أن يرجع المحتال علىٰ المحيل، لَمَا كان لذكر الملاء وجهٌ إذا كان له أن يرجع إذا لم يحتل علىٰ مليء.

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٢٤٢]، هذه الفقرة عن الأبهري.

(٢) أخرجه مالك [٤/ ٩٧٢]، ومن طريقه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم [٥/ ٣٤]، وهو في التحفة [١٠/ ١٨٨].

فـإن قيل: قد رُوِيَ عـن عثمان في الحوالة أنّه قال: «**يَرْجِـعُ إِلَىٰ مَنْ أَحَالَه، وَلَا تَوَىً**[١] **عَلَىٰ مَالِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ**»[٢] [٣].

قيل: هذا مرسلٌ عن عثمان[٤]، وإن صحَّ، فقد يجوز أن يكون أراد الحمالة، فنقله الراوي علىٰ لفظ الحوالة.

ويجـوز أن يكون أراد إذا غرَّه المحيل بِفَلَسٍ، فيطابِقُ ما رُوِيَ عن عثمان ما ذكرناه من شهادة الأصول بصحَّة ما قلناه.

ورَوَىٰ عبـدة، عن ابـن أبي عروبة، عن قتـادة، عن الحسـن: «**إِذَا احْتَالَ عَلَىٰ مَلِيءٍ، ثُمَّ أَفْلَسَ بَعْدُ، فَهُوَ جَائِزٌ عَلَيْهِ**»[٥].

ورَوَىٰ أبو الأحوص، عن مغيرة[٦]، عن إبراهيم، قال: «**كُلُّ حَوَالَةٍ تَرْجِعُ، إِلاَّ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ: أَبِيعُكَ مَا عَلَىٰ فُلَانٍ بِكَذَا وَكَذَا، فَإِذَا بَاعَهُ فَلَا يَرْجِعْ**»[٧].

---

(١) قوله: «تَوَىً»، التوىٰ: هو الهلاك، ينظر: مواهب الجليل [٢/ ١٦٣].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٣٤ .

(٣) ينظر الاعتراض في: بدائع الصنائع [٦/ ١٨].

(٤) يعني: أن معاوية لم يدرك عثمان بن عفان رضي الله عنه، وكذا قال البيهقي في السنن الكبرىٰ [١١/ ٥٤٧].

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ٦٥٦].

(٦) المغيرة بن مقسـم الضبي مولاهم الكوفي الأعمىٰ، ثقة متقـن إلاّ أنّه كان يدلس، ولا سيما عن إبراهيم، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٩٦٦).

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/ ٦٥٦].

ورَوَىٰ يحيىٰ بن زكريا، عن ابن أبي غَنِيَّةَ(١)، عن الحكم(٢)، قال: «**لا يَرْجِعُ فِي الحَوَالَةِ إِلَىٰ صَاحِبِهِ**»(٣).

وهذا قول جماعة علماء المدينة.

❀❀❀

[١٦٣٦] مسألة: قال: ومن أحال رجلاً بدَينٍ له علىٰ مُكَاتَبِهِ، ففلس المُكَاتَبُ أو عَتَقَ أو مات، فإنّه يرجع إلىٰ سيد المُكَاتَبِ، وإن أحاله في أول نجمٍ أو آخره، فذلك سواءٌ.

وإنما الحَوْلُ(٤): [٢/١١/أ] أن يُحَوِّلَ الرجُلُ الرجُلَ علىٰ مالٍ له علىٰ الذي أحيل له، فذلك الحَوْلُ الذي لا يرجع(٥) به صاحبه علىٰ من أحاله.

فإن كان إنَّما أحاله عليه ولم يكن له عنده شيءٌ فأفلس الذي أحيل عليه، فإنّه يرجع إلىٰ صاحبه الذي أحاله؛ لأنَّ ذلك حمالةٌ وليس بحولٍ(٦).

✍ إنَّما قال ذلك؛ لأنَّ كتابة المكاتب ليست بدَينٍ لازمٍ؛ لأنّها تسقط بعجز

---

(١) عبد الملك بن حميد بن أبي غنية الخزاعي، الكوفي، ثقة، من السابعة. تقريب التهذيب، ص (٦٢٢).

(٢) الحكم بن عتيبة الكندي الكوفي، ثقة ثبت فقيه، إلاّ أنّه ربما دلس، من الخامسة. تقريب التهذيب، ص (٢٦٣).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة [١٠/٦٥٦].

(٤) قوله: «الحَوْلُ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «الحوالة».

(٥) قوله: «الذي لا يرجع»، كذا في شب، وفي المطبوع: «الذي يرجع».

(٦) المختصر الكبير، ص (٣٢٣).

المكاتـب، والحوالـة إنَّما تكون إذا أُحيل صاحب الحـق علىٰ دَينٍ ثابتٍ، لا علىٰ حقٍّ غير ثابتٍ.

وقـد ذكرنا الفرق بين الحمالة والحوالة(١)، وأنه يَرْجِعُ في الحمالة الذي لم يعطه الحمِيل؛ لأنّها وثيقةٌ كالرهن، وأنه لا يرجع في الحوالة؛ لأنّها بيع دَينٍ بدَينٍ، إلّا أن يكون غرَّه بِفَلَسٍ فإنّه عيبٌ، كما يرجع المشتري في العيب علىٰ البائع.

❀❀❀

[١٦٣٧] مسـألة: قـال: ومن كان عليه خمسـون ديناراً، فأحيـل عليه رجلٌ بمئةٍ، فخمسون حوالةً لا يرجع فيها، وخمسون حمالةً يرجع بها(٢).

✍ إنَّمـا قال ذلك؛ لأنَّ الحوالة إنَّما هي تحولٌ من دَيْنٍ إلىٰ دَيْنٍ، فالذي تحـول منه خمسـون التـي للمُحيـل علـىٰ المحتال عليـه، وخمسـون حمالةً، فيرجـع بهـا إذا لم يُعطه الحمِيـل، ولا يرجع بالحوالة؛ لأنّهـا وجبت للمحتال علىٰ المحتال عليه.



---

(١) ينظر: المسألة رقم ١٦٢٢ .

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٣).

باب المُوَلَّى عَلَيْهِ

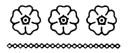
[١٦٣٨] **قال: وما ادَّانَ به السفيه، فلا يلحقه ذلك إذا صلُحَت حاله، وذلك مخالفٌ للعبد**(١).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ السفيه ممن لا تجوز عقوده وأخذه وإعطاؤه؛ لنقصه في نفسه، لا من أجل حقِّ غيره عليه، ولو لزمه ما استدانه إذا صَلُحَت حاله، لَمَا كان للحجر عليه فائدةٌ.

فأمّا العبد، فإنّه لم يُحْجَر عليه من أجل نقصه، وإنما حُجِر عليه من أجل حق السيد، فإذا زال عنه حقُّ السيد لزمه ذلك.

ألا ترىٰ: أنَّ السيد لو أذِنَ له في ذلك للزمه، وليس يجوز ذلك في المحجور عليه، فافترقا لهذه العلة.

واتبع العبد بما يستدينه، ولم يتبع المحجور عليه به إذا صلحت حاله؛ لأنَّ الذي [٢/١١/ب] داينه أتلف ماله(٢).



(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٤)، المختصر الصغير، ص (٦٦٨)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٤)، المدونة [٤/ ٧٣]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٤٦]، البيان والتحصيل [١٠/ ٤١٢].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٤٦]، هذا الشرح عن الأبهري.

[١٦٣٩] مسألة: قال: ومن أراد أن يحجر علىٰ وليِّه، فَلْيَحْجُرْ عَلَيْهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ، حتىٰ يوقفه للناس ويُسْمَعَ به في مجلسه، ويُشْهِدُ علىٰ ذلك، وَيَرُدُّ بَعْدَ ذَلِكَ مَا بُويِعَ به[١].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنْ يشتهر أمره ويعرِفُ النّاس حالَه، فيمتنعوا من معاملته ومداينته، فيجب أن يكون ذلك عند الحاكم؛ ليُظْهِره ويُشْهِره في مجلسه وغيره؛ لأنَّ في ذلك احتياطـًا له ولغيره من الناس.

❀❀❀

[١٦٤٠] مسألة: قال: وإذا مات المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ وقد ادَّانَ، فلا يقضىٰ عليه، وهو في موته بمنزلته في حياته، إلّا أن يوصي بذلك في ثلثه، فيكون ذلك له إذا بلغ مثله الوصية[٢].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ ليس ممن يُدَايَنُ مِثْلُهُ، فمن داينه فقد أتلف ماله إن كان عالمـًا بأنه مُولَّىٰ عليه، أو قَصَّر في تركه تَعَرُّفَ ذلك إن لم يعلم، ولو لزمه ما استدانه، لَمَا كان للحجر عليه فائدةٌ.

فأمّا وصيته بذلك في ثلثه، فإنّه يجوز إذا كان صحيح التمييز، كما تجوز وصية الصبي إذا كان مثله يميز وكان ذلك في ثلثه؛ لأنّه لمّا جاز أن يوصي بثلثه

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٤)، وقد نقل هذا النص عن ابن عبد الحكم، الجصاص في أحكام القرآن [١/ ٦٦٩]، وينظر: موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٤)، المدونة [٤/ ٧٥].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٤)، النوادر والزيادات [١٠/ ٩٨].

ابتـداءً لمـن لم يأخذ منه شـيئًا وينفُذُ ذلك، جاز أن يوصي به لمن أخذ منه شـيئًا علىٰ وجه الدَّين، والله أعلم.

❁❁❁

[١٦٤١] مسألة: قال: وإذا بلغ الولد، فله أن يخرج عن أبيه وإن كان أبوه شيخًا ضعيفًا، إلّا أن يكون الابن مُوَلًّىٰ عليه أو سفيهًا أو ضعيف العقل يُخاف عليه، فلا يكون ذلك له[(١)].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ الابن إذا بلغ فقد ملك أمر نفسه وتدبيرها، وكذلك تدبير ماله إذا كان رشيداً مميزاً، فله أن يفعل ما شاء في نفسه وماله إذا كان مما يجوز فعله، وله أن يخرج عن أبيه وينفرد بنفسه.

فإن كان سفيهًا أو مُوَلًّىٰ عليه، فإنّه لا يجوز أن يخرج عن ولاية أبيه وحجره؛ لأنّه ليس بأهلٍ أنْ يلي نفسه وماله، لأنَّ الحجر يزول عن الإنسان بالبلوغ مع إيناس الرشد، وذلك هو التمييز والصلاح في التّصرف [٢/١٢/أ] في المال دون الفساد والتبذير، وقد قال الله عزَّ وجلَّ: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾[النساء:٦]، وقال سبحانه: ﴿وَلَا تُؤۡتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمۡوَٰلَكُمُ﴾[النساء:٥]، أي: أموالهم، بدلالة قوله: ﴿وَٱرۡزُقُوهُمۡ فِيهَا وَٱكۡسُوهُمۡ﴾،

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٤)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٠٠]، البيان والتحصيل [١٠/ ٤١٢].

وإنما يزول السفه بالبلوغ والرشد، يعني[١]: البلوغ، وإذا لم يكن كذلك، لم يجز دفع المال إليه؛ لأنّه في الحجر بَعْدُ، وكذلك لا يجوز له أن يخرج عن ولاية أبيه.

ولهذا المعنىٰ قال مالك: «إنَّ الحجر علىٰ السفيه واجبٌ وإن كان بالغـًا، إذا كان مبذراً لماله غير رشيدٍ فيه»[٢]؛ لأنَّ المعنىٰ الذي من أجله وجب أن لا يُدْفَع المال إلىٰ الصغير والمجنون هو السفه وأنَّه ليس رشيداً لماله والتصرف فيه، فإذا وُجِدَ ذلك في الإنسان بعد بلوغه وجب الحجر عليه؛ لأنَّ في ذلك معونةً علىٰ الخير ومنعـًا من الفساد، وقد قال الله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ﴾[المائدة:٢].

❀❀❀

[١٦٤٢] مسألة: قال: وإذا تزوَّجت المرأة بالبلد وولدت، فأراد أبوها الخروج بها وكرهت فراق ولدها، فذلك لها، وليس ذلك لأبيها[٣].

✍ إنَّمَا قَالَ ذلك؛ لأنَّها إذا تزوجت ودخل بها زوجها وكانت صحيحة العقل والتمييز، فقد خرجت من حجر الأب، وملكت نفسها ومالها والتصرُّف فيهما، فلها أن تقيم حيث شاءت، وتخرج حيث شاءت، وليس لأبيها منعها من ذلك؛ لأنّها قد خرجت عن حجره.

فإن كانت سفيهةً فلأبيها منعها من ذلك؛ لأنّها في حجره.

---

(١) قوله: «يعني»، كذا رسمها في شب، ولعلها: «بعد».

(٢) ينظر: المدونة [٤/ ٧٥].

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٢٤)، البيان والتحصيل [٤/ ٣٤٣].

وكذلـك له منعها مـن مالها حتىٰ يُؤْنِسَ رُشْـدَهَا بتمييزهـا وعقلها، فيكون ذلك لها.

❀❀❀

[١٦٤٣] مسألة: قال: ومن تصدق علىٰ أمِّهِ وهو مُوَلَّىٰ عليه بدارٍ حياتَهَا، ثمّ مَرْجِعُها إليه، فأجاز ذلك وليه، فلا يجوز ذلك، وليس ذلك له، ولا ينبغي أن يُشْهَدَ عليه، ومن شـهد علىٰ ذلك فليمح شـهادته، وإن أبوا ذلك، فليرفعه إلىٰ السـلطان حتىٰ يرده أو يجيزه[١].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ [٢/١٢/ب] لمّا لم يجز له التّصرُّف في ماله علـىٰ وجـه المعاوضة، كان تصرُّفه علىٰ غيرها أولىٰ، وسـواءٌ وهب ذلك لأمِّهِ أو غيرها من ذوي أرحامه، لا يجوز له ذلك، ولا تجوز الشّهادة عليه، ولا للحاكم أن ينفـذ ذلـك، إلّا أن يرىٰ له وجهـاً، بأن تكون الأم محتاجةً إلىٰ مال ابنها المحجور عليه، فيجيز لها الحاكم ذلك؛ لحاجتها إليه؛ لأنَّ كفايتها لقوتها وكسوتها ومسكنها واجبٌ لها في مال ابنها، محجوراً عليه كان أو غير محجورٍ.

❀❀❀

[١٦٤٤] مسـألة: قال: ومن ولّاه السـلطان كبيراً ضعيـف العقل وهو كثير المـال، وفـرض له نفقته، وهو يخـرِجُ له جوائز وأعطيةٌ، فلا ينبغـي أن يعطيه منها شيئـًا إلّا بالسلطان[٢].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٤)، البيان والتحصيل [١٣/ ٤١٧].

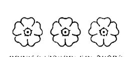
(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٤).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ السفيه لا يجوز دفع شيءٍ من ماله إليه، من أي وجهٍ حدث له مالٌ، بل يُنْفَقُ عليه حسب كفايته وحاجته، ولا يجوز له أن يدفع إليه شيئًا يستغني عنه؛ لأنَّ في ذلك إتلاف ماله، ولا يجوز لمن يلي سفيهًا أنْ يُتلف شيئًا من ماله، فمتىٰ فعل ذلك، لزمه غُرْمه.

❀❀❀

[١٦٤٥] مسألة: قال: وإذا رأىٰ الولي من يلي عليه يبيع ويشتري، فليس علىٰ الولي في ذلك شيءٌ يَلْزَمه(١)(٢).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ لا يجوز بيعه وشراؤه، قد عُلِمَ ذلك من حاله، فمتىٰ باعه أو اشترىٰ منه، فقد أتلف ماله، وليس سكوت وليه رضًا بذلك؛ لأنَّ من عرف حاله وجب عليه امتناعه من ذلك، وإن لم يعرف حاله، وجب عليه تَعَرُّفَهَا.



[١٦٤٦] مسألة: قال: وإذا تجر المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ في السوق وماله بيد وصيه، ولا يُعْرَف منه إلّا خيراً، ويكون وصيه قد أراد أن يختبره، فيدَّانُ دَينًا، فإنَّ ذلك يبطل عنه وإن كان وصيه قد خلَّىٰ بينه وبين التجارة، إذا كان ماله بيد غيره(٣).

---

(١) قوله: «فليس علىٰ الولي في ذلك شيءٌ يَلْزَمه»، كذا في شب، وفي المطبوع: «فليس يلزمه في ذلك شيءٌ».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٤).

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٢٥)، المدونة [٤/ ٧٣]، النوادر والزيادات [١١/ ٣١١].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنّه لا يخرج من الحجر الذي هو عليه إلّا بفك الحاكم عنه ذلك ودفعه ماله إليه وإذنه له في التصرُّف، واختبار الوصي إياه بإذنه في البيع والشراء ليس فكـًا لحجره مما داين قبل زوال الحجر.

❀❀❀

[٢/١٣/أ] **[١٦٤٧] مسـألة: قال: وإذا كان للموَلَّىٰ عليه أختٌ فتزوجت، فأراد صلتها، فلا يُخلَّىٰ بينه وبين ذلك، ولا ينبغي له أن يجيز ذلك له**[(١)].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ لا يجوز له التّصرُّف في ماله بإخراجه بعوضٍ وغير عوضٍ علىٰ وجهٍ، إلّا بإذن من يليه، فمتىٰ فعل ذلك، كان لمن يليه رَدُّ ذلك، ولو جاز فعله، لَمَا نفع الحجر عليه شيئـًا، ولا كان في ذلك حفظ ماله.

❀❀❀

[١٦٤٨] مسألة: قال: وإذا كسب المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ مالاً بيده، نزعه منه وليه، وإنْ كان كَسَبَهُ وسعىٰ فيه[(٢)].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ يجب منعه من ماله كله وتصرُّفه فيه، سواءٌ كان ذلك من كسبه، أو غير ذلك من وجوه الفوائد؛ لأنّه غير موضعٍ لحفظ ماله وكونه في يده وتصرُّفه فيه؛ لأنَّ ذلك سببٌ لإتلاف ماله الذي قد أُمِرنا

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٥).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٥)، البيان والتحصيل [١٣/ ٤٥].

بحفظه عليه، بقوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَٱكْسُوهُمْ﴾[النساء:٥].

❀❀❀

[١٦٤٩] مسألة: قال: وإذا باع المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ ثوبًا بثلاثين درهمًا، ثمّ باعه المشتري بأكثر، ثمّ باعه الذي اشتراه أيضًا بأكثر، ثمّ صبغه الآخر بدينارٍ، فيُقَوَّمُ علىٰ المبتاع أيضًا بغير صبغٍ، ويترادَّان الأرباح فيما بينهم، ولا يكون لأحدٍ في ذلك ربحٌ، وما أخذ اليتيم من ذلك بطل عنه[١].

✍ يعني: أنهم يتراجعون فيما بينهم بالثمن، ويُؤخذ الثوب إذا كان باقيًا؛ لأنّه لم يزل عن ملك المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ ببيعه إياه.

وإن كان قد تلف، كان علىٰ الذي تلف عنده قيمته إذا كان تلفه بصبغه.

ولا يلزم المحجور عليه شيءٌ في ماله؛ لأنَّ من اشتراه منه أتلف ماله بدفع المال إلىٰ من لا يجوز له دفعه إليه وشراؤه ممن لا يجوز شراؤه منه.

وإن كان قد صبغه أحدٌ منهم [.......][٢] حقه الذي [٢/١٤/ب] وجب له في مال المحجور عليه، وإنما يمنع من حق المحجور عليه وماله دون ما زاد عليه.

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٥).

(٢) ما بين [ ]، قرابة سطر كامل ساقط من التصوير.

[١٦٥٠] **مسألة: قال: وإذا تكارىٰ المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ الدابَّة فتعدَّىٰ عليها فتلفت، فلا ضمان عليه**(١).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ الذي أكرىٰ دابته من المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ هو الذي أتلفها حيث سلَّطه عليها وائتمنه عليها، فلا يلزم المُوَلَّىٰ عَلَيْهِ قيمتها في ماله ولا كراؤها؛ لأنَّ ربها أتلفها بدفعها وكرائها ممن لا يجوز له كراؤها منه ولا ائتمانه عليها لحفظها، فمن قِبَلِه أتي؛ لأنّه لا يخلو أن يكون عالماً بحاله، فقد اختار إتلاف ماله، أو غير عالمٍ، فقد قصر بترك تعرفه، وذلك فمن قِبَلِهِ أُتِيَ في إتلاف ماله في الوجهين جميعاً.



---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٥)، النوادر والزيادات [١١/ ٣١١].

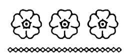
باب ما جاء في الديون

[١٦٥١] قـال: وإذا ادَّان العبـد بغير إذن سـيده، ثمّ عَتَـقَ، لحقه ذلك إذَا لـم يكن السيد ردَّهُ عنه(١).

✍ إنَّمَـا قَالَ ذَلِـكَ؛ لأَنَّ العبد إنَّمَا مُنِعَ من الدَّين بغير إذن سـيده؛ من أجل حق سيده؛ ولئلا يخرج ماله عن يده إِلَىٰ غير من يأذن له سيده في ذلك.

ولا تلزم ذمَّته دينـًا أيضـًا إلَّا بإذن سيده؛ لأَنَّ في ذلك كله ضرراً علىٰ سيده، ولـه أنْ يزيـل الضرر عنه بإبطـال ذلك من ذمَّة عبده، فَإِنْ لـم يبطله حتىٰ عتق كان الدَّين في ذمّته كما كان؛ لأَنَّ حق سيده قد زال من رقبته وماله.

وليس يشـبه العبد في هذا الحرَّ السـفيه إذَا ادَّان بغير إذن وليه؛ لأَنَّ السـفيه إنَّمَـا مُنِـع من أجل نقصٍ في نفسـه، فلا يلزمه ما اسـتدان بوجـهٍ؛ لأَنَّ من داينه قد أتلـف مالـه، والعبد لم يُمنع من أجل نقصه في نفسـه وقلة تمييـزه، وإنَّما منع من أجل سيده، فإذا زال حق سيده كان الدَّين ثابتـًا عليه(٢).



[١٦٥٢] مسألة: قال: ومن مات أو فَلَّسَ، فقد حلَّ دينُهُ(٣).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٦)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٥].

(٢) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٣٥]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٣) المختصر الكبيـر، ص (٣٢٦)، المختصر الصغيـر، ص (٦٦٩)، المدونة [٤/ ٨٣]،

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الميت قد زال ملكه عن ماله بالموت، ووجب قَسَمُ ماله بين ورثته، وكان الدَّيْنُ مُقَدَّمـًا علىٰ الميراث؛ [٢/١٥/أ] لأنَّه أولىٰ من الميراث.

وكذلـك المفلس يَحِلُّ ما عليه؛ لأَنَّ الغرماء إِنَّمَا رضوا بدينهم أن يكون في ذمَّـةٍ غير مُعَيَّـبةٍ، وأن يكون ذلك علىٰ ثقـةٍ وملاءٍ، فإذا فلَّس فقـد حدث عيبٌ لم يرضوا به، فوجب تفرقة ماله عليهم.

وقد خلع النبيُّ ﷺ معاذاً من ماله، وقسمه بين غرمائه(١).

❀❀❀

[١٦٥٣] مسـألة: قـال: ومن غاب وله مـالٌ حاضرٌ، فيريـد الغرماء اقتضاء حقوقهـم من ماله، ويُخَافُ أن يكـون عليه دَينٌ لغيرهم، فيبـاع لمن قام بحقه ولا يؤخَّر لاستبراء دَينه، إلَّا أن يكون دَينـًا معروفـًا، وليس الحي كالميت، لأنَّ الحي تبقىٰ ذمَّته.

وإن كان إِنَّمَا مات:

⇦ وكان معروفـًا بالدَّيْنِ في ظاهر معرفة النّاس به، لم يُعَجَّل في أمره حتىٰ يُستبرأ.

⇦ وإن كان غير معروفٍ، قُضِيَ حقه ولم يُنْتَظَر.

وإنْ كان معروفـًا بالدَّيْنِ لا يُجْهَلُ، فباع الورثة ماله واقتسـموا ثمّ طرأ دَينٌ، فَإِنَّ الغرماء يأخذون ما وجدوا، ويَتْبَعُ المشتري الورثة.

التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٥]، وقد تقدَّمت المسألة برقم ١٥٦٠ .

(١) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٥٦٠ .

وإن كان دخل شيئًا من ذلك نماءٌ أو نقصانٌ، فأَحَبَّ الذي ابتاع ذلك الرقيق أن يؤدي قيمته يوم قبضه، كان ذلك له.

وأَمَّا الذي لا يُعرفُ بالدَّيْنِ، فإنما يَتْبَعُ الغرماءُ الورثةَ بثمن ما باعوا[1].

✍ إنَّمَا قال: «إنَّه يُباع من مال الغريم لمن قام بحقه من غرمائه ولا يؤخَّر»؛ لأَنَّ القضاء علىٰ الغائب واجبٌ عنده، ودَفْعُ الحق إلَىٰ من يطلُبُه أيضًا واجبٌ.

فعلىٰ الحاكم أن يبيع مال الغريم ويدفع إلىٰ صاحب الحق حقه إذًا لم يعلم أنَّ علىٰ الغريم حقًّا غيره.

فمتىٰ كان عليه دَينٌ لغيره، تثبَّتَ في ذلك حتىٰ ينكشف له، ويقف علىٰ مقدار الديون التي عليه، فيعطي كلّ واحدٍ من الغرماء ما يصيبه في المحاصة.

وكذلك يُفْعَل في مال الميت، بل الميت أولىٰ بالتثبيت في أمره وأن لا يُقضىٰ غرماؤه حتىٰ يُجمَعَ مالُهُ ويُنظَرَ ما عليه من الدَّين، ثمّ يُقضىٰ كلّ واحدٍ دَيْنَه [٢/١٥/ب] علىٰ ما يصيبه في المحاصة؛ لأَنَّ ذمَّة الميت قد بطلت، والمفلس فذمَّته باقيةٌ، فمتىٰ طرأ غريمٌ، رجع إلَىٰ ذمَّة الغريم، وليس كذلك الميت، فكان الميت في أمره أولىٰ.

ويفعل الحاكم في ذلك كله حسب ما يعلم من حال الميت والمُفلِسِ، وهل هو ممن عليه دَينٌ أو ممن كان يُداين النّاس أم لا، فيعمل في ذلك كله ما يؤدي إِلَيْهِ الاجتهاد من الصلاح في مقدار التوقف والتثبت علىٰ ما فسر مالك.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٦)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٥)، منتخب الأحكام [١/ ١٩٦].

وقولـه: «فَإِنْ كان معروفـاً بالدَّين لا يُجْهل، فباع الورثة ماله واقتسموا ثمّ طرأ دَينٌ، فإنَّ الغرماء يأخذون ما وجدوا بغير ثمنٍ يدفعونه إلَىٰ المشتري»؛ فلأنَّ الورثة في بيعهم مالَ الميت مع عِلمِهم بالدَّين الذي عليه مُتَعَدُّونَ؛ لأنهم فعلوا ما لا يجوز لهم فعله من بيع ماله وعليه دَينٌ إذَا لم يقضوا دينه منه.

وقولـه: «فـإن تغير ما اشتراه في يد المشتري فله أن يدفع قيمـة ذلك إلَىٰ الغرماء يوم قبضه»؛ فلأنَّ المشتري له شبهة ملكٍ، فإذا فات الشّيء في يده أو تغير في بدنه فعليه قيمته يوم قبضه.

فأمّـا إذَا كان الميت ممن لا يُعـرف بالدَّين، فَإِنَّ الورثة باعوا ولهم أن يبيعوا فـي الظاهر، فهم غيـر متعَدِّينَ ولا غاصبيـن، فكان بيعهم جائـزاً، وليس للغرماء فسـخ ذلك ولا أخذ مـا باعوه، وذلك بمنزلة الحاكم إذَا حكم بشـيءٍ يجوز له أن يحكـم فيـه، ثمّ يتبين غيره من الحكام أنَّ الحق فـي غيره، فليس له نقض ما حكم الأول إذَا لـم يكـن خطأً بيِّنَـا، فكذلـك ليس للغرماء أن يبطلوا بيـع الورثة؛ لأنهم باعوا ما لهم بيعه.

ويَتْبَـعُ الغرماء الورثة بثمن ما باعوا؛ لأنهـم لا يرثون مع الدَّين حتىٰ يُقْضَىٰ الدَّين قبل، فكان لهم أن يأخذوا ثمن ما باعوه؛ لأنهم أولىٰ به منهم، ويَتْبَعُوهم في ذممهم إن كان قد تلف، والله أعلم.

❁❁❁

[١٦٥٤] مسـألة: [٢/١٦/أ] قـال: ومن هلـك وترك عينًا وعرضـًا ودَينًا، لا يُـدرَىٰ كـم الدَّين ولا كم المـال، فيريد بعـض الورثة أن يحتمل للغرمـاء بالدَّين

ويُخَلُّوا بينهم وبين ما ترك، فلا بأس بذلك، إنْ كان فيه فضلٌ كان للورثة، وإن كان فيه نقصانٌ كان عليه ويكون نقداً، فلا بأس به.

وإن كان يكون له الفضل وعليه النقصان ويكون فيه تأخيرٌ، فلا خير فيه.

وقد قيل: إنَّ ذلك وإن تأخر فلا بأس به، وكلٌ واسعٌ لمن عمل به إن شاء الله(١).

✍ إنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الفضل إذَا كان للورثة والنقصان علىٰ الوارث الغريم، فهذا ضربٌ من الرفق بالورثة، وذلك جائزٌ؛ لأنَّه لم يختر به نفعًا، وإنما فَعَل معروفًا، والمعروف فيجوز فيه ما لا يجوز في المتاجرة والمكايسة وطلب الفضل.

ألا ترىٰ: أنّه يجوز قرض الدرهم بالدرهم والطعام بالطعام إلَىٰ أَجَلٍ علىٰ وجه القرض؛ لأنَّه معروفٌ، ولا يجوز علىٰ وجه البيع؛ لأنَّه متاجرةٌ، وكذلك الحوالة؛ لأَنَّ ذلك معروفٌ، وهي مخصوصةٌ من الدَّيْنِ بالدَّيْنِ.

فأمّا إن كان الفضل للحميل والنقصان عليه، فذلك مكروهٌ؛ لأنَّه إنّما أَخَّرَهم للانتفاع بالمال مدَّة التأخير ليجمعوا له ماله، وذلك قرضٌ جر منفعةً، وهو مكروهٌ.

ووجه إجازته ذلك وإن تأخر؛ فلأنَّ الدَّين ليس في ذمَّة الورثة حتىٰ إذَا

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٦)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٦)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٥٢]، البيان والتحصيل [١١/ ٣٢٧].

أخرهم به لمنفعةٍ له من جمعهم المال أو غيره كان مكروهاً، وإنَّما يكره ذلك فيما بين الغريم والذي عليه المال في ذمَّته، وأمّا فيما بينه وبين غيره فلا بأس.

ومعنىٰ آخر، وهو أنَّ عين المال الذي خلَّفَه الوارث ليس هو للغرماء لا محالة؛ لأَنَّ الورثة لو قضوا الغرماء دَينهم من غيره جاز، فكأنه لم يؤخِّر مالاً له لا محالة، كما يؤخِّر الدَّين الذي له لا محالة لمنفعةٍ ما، فيكون غير جائزٍ.

❀❀❀

[١٦٥٥] مسألة: قال: وإذا هلك رجلٌ وله دَينٌ فيه [٢/ ١٦/ب] شاهدٌ، وعليه دَينٌ[1]، فحلف الغرماء فاستحقوا، فليس للورثة أن يحلفوا علىٰ الفضل؛ لأنهم تركوا الأيمان، إلَّا أنْ يقولوا: لم نعلم أنَّ لصاحبنا فضلاً، فَإِنْ عُلِمَ ذلك حلفوا وأخذوا ما فضل[2].

✍ إنَّما أجاز للغرماء أن يحلفوا؛ لأنهم يستحقون الدَّين، فهم بمنزلة الورثة، بل هم أولىٰ بمال الميت من الورثة حتىٰ يأخذوا دَيْنَهم، فجاز لهم أن يحلفوا إذَا لم يحلف الورثة؛ لئلا تبطل حقوقهم التي علىٰ الميت؛ وليأخذوا ذلك من دَينه.

فَإِنْ فضَلَ عن دينهم شيءٌ لم يكن للورثة أن يحلفوا عليه؛ لأنهم لمّا امتنعوا من اليمين كانوا بمنزلة من يقول: «إنَّه لا حق له علىٰ زيدٍ»، ثمّ ادَّعَىٰ عليه ذلك

---

(١) في النوادر والزيادات [٨/ ٤١٣]: «له شاهدٌ بدَين، وعليه دَينٌ للناس، فأبىٰ ورثته اليمين مع الشاهد»، يعني: أنّ الورثة أبَوا أن يحلفوا مع الشاهد لاستحقاق الدَّين، وحلف الغرماء.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٦)، الموطأ [٤/ ١٠٥٠]، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٧٧)، النوادر والزيادات [٨/ ٤١٣].

الحق، فقوله غير مقبولٍ؛ لأنَّه يُكَذِّبُ نفسه، إلّا أنْ يقول الورثة: «لم نعلم أنَّ لنا فضلاً عن الدَّين فنحلف»؛ إذ لا فائدة لنا في يمينٍ لا نستحق بها شيئًا، فإذا عُرِف وجه قولهم هذا كان لهم أن يحلفوا ويستحقوا ما فضل؛ لأَنَّ لتركهم اليمين وجهًا.

❀❀❀

[١٦٥٦] مسألة: قال: ومن قضىٰ بعض غرمائه، فقام عليه الآخرون، فليس ذلك لهم[1].

✍ إنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ له أن يقضي بعض غرمائه دون بعضٍ، كما أنَّ له أن يبيع ويشتري ويتصرَّف في ماله إذَا لم يتلف.

وهذا كله قبل أن يُفَلِّسه الغرماء؛ لأَنَّ تصرُّفه قبل ذلك جائزٌ في القضاء والاقتضاء.

❀❀❀

[١٦٥٧] مسألة: قال: ومن هلك وعليه دَينٌ، فاقتسم الغرماء ماله، ثمّ طرأ غريمٌ، فإنّه يرجع علىٰ أهل الدَّين بمقدار ما يُصيبُ كلَّ واحدٍ منهم.

فَإِنْ كان بعضهم مَلِيًّا وبعضهم مُعْدَمًا، لم يرجع علىٰ المليء إلَّا بقدر

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٧)، النوادر والزيادات [٩/ ٢٥٦ و ١٠/ ٤٣]، منتخب الأحكام [١/ ١٩٢]، وقد تقدَّمت المسألة برقم ١٦٠٩ .

مـا كان يُصيبُه مع أصحابه لـو وجدهم أملياء كلهم، ويَطلُـبُ المعدَمين بما صار عليهم(١).

✍ إنَّمَـا قَالَ ذَلِـكَ؛ لأَنَّ الغريم الذي طرأ، له من الحـق في مال الذي عليه الدَّيْنِ مثل ما للغرماء الذين أخذوا دَيْنَهم من ماله؛ لأنَّه لو كان حاضراً لأخذ معهم مـا يصيبه [٢/١٧/أ] فـي المحاصة، وغيبته لا تُبطل حقه، فوجـب أن يرجع علىٰ كلّ واحـدٍ مـن الغرماء بمقدار مـا كان يصيبه فِي المُحَاصَّةِ أنْ لـو كان حاضراً معهم، يرجع علىٰ المليء بقدر ذلك، وعلىٰ المعسر بقدره ويَتْبَعُه في ذمَّته؛ لأنَّه لا يجوز لـه أن يأخذ أحدهم بما يجب علىٰ الآخر، إلَّا أنْ يرضىٰ بذلك أحدهم ويتبرَّع به، فيجوز ذلك.

❁❁❁

[١٦٥٨] مسـألة: قال: وإن كان الغرماء اقتضوا ديونهم وافيةً، وفَضَلَ فَضْلُ مالـه يكـون مقدار دَين الغريم الذي طرأ، فاسـتهلك ذلك الورثـة، ووجَدَ الغرماء مياسير، فلا يتبعهم بشيءٍ(٢).

✍ إنَّمَـا قَالَ ذَلِـكَ؛ لأَنَّ الغريم الذي طرأ لو كان حاضراً لأخذ الغرماء مثل مـا كانـوا أخذوا؛ لأنهم إنَّمَا أخـذوا مقدار حقوقهم، فلا حجة لهـذا الغريم الذي حضـر علـىٰ الذين أخذوا قدر حقوقهم؛ لأنهم قد تركوا فـي يد الورثة مقدار دَين

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٣٢٧)، المدونـة [٤/ ٦٢]، النوادر والزيـادات [١٠/ ٣٣]، الجامع لابن يونس [١٧/ ٦٧٦].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٧)، المدونة [٤/ ٦٢]، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٣].

الغريـم الغائـب أو أكثر منه، فليس له أن يتبعهم بدَينـه؛ لأَنَّ دَينه علىٰ الميت كانَ، ثمّ صار في ماله دون مال سائر الغرماء ودون ذممهم.

وليس علىٰ الغرماء أن يتوقَّفُوا عن قبض حقوقهم لغيبة غريمٍ آخر، أو لجواز أن يكون غريمٌ لا يُعْلَمُ به؛ لأَنَّ في ذلك إضراراً بهم.

فإذا كان هذا هكذا، لم يجر للغريم أن يتبعهم بما أخذوه، ولكنه يتبع الورثة؛ لأَنَّ الورثة لا يستحقون شيئًا مع بقاء الدَّين، والغرماء يستحقون مع الدَّين، والله أعلم.

❀❀❀

[١٦٥٩] مسـألة: قال: وإنْ كان الذي فضـل في أيدي الورثة بمقدار نصف دَيـن الذي طرأ، ثمّ وجدهم معدَمين، فإنّه يتبع الغرماء بنصف دَينه بقدر ما يُصيبُ كلَّ واحدٍ منهم، يأخذ من الموسر ويَتْبَع المعدم(١).

✍ إنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأنهم أخذوا زيادةً علىٰ ما كان يصيبهم فِي المُحَاصَّةِ لو كان حاضـراً؛ فوجب عليهـم أن يدفعوا إِلَىٰ الغريم نصف دَينـه، يأخذ ذلك منهم ويَتْبَعُهُم في ذممهم بقدر [٢/١٧/ب] ما أخذ كلّ واحدٍ منهم.

ويتبـع الورثـة بنصف دينه الآخر؛ لأنهم أخذوا ما لم يسـتحقوه؛ لأَنَّ الدَّين مقدَّمٌ علىٰ الميراث، علىٰ ما بيَّنَّاه.

❀❀❀

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٧)، المدونة [٤/ ٦٢]، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٣].

[١٦٦٠] مسـألة: قال: وإذا هلك الرّجل فاقتسم الورثة ميراثه، ثمّ طرأ دَينٌ، فوَجَـدَ بعضهم قد أفلـس، فإنّه يأخذ ممن وجد منهم مليـًا دَيْنَهُ، ويَتْبَعُ أصحابه بما أُخِذَ منه؛ لأنَّه لا يرث أحدٌ منهم وعلىٰ الميت دَينٌ[١].

✍ قـد ذكر مالك العلة في ذلك، وهو قوله: «لأنّه لا يرث أحدٌ منهم وعلىٰ الميت دَينٌ»، فكان ما أخذه الورثة فهم غير مسـتحقين لأخذه حتىٰ يُقضىٰ الدَّين، فللغريـم أن يأخذ حقه منهم أو ممن وَجَدَ منهم مليـًا؛ لأنَّه لا يرث أحدٌ قبل قضاء الدَّين شـيئًا، فكان أَخْذُهُم غير جائزٍ وقسـمتهم باطلةٌ، والمال علىٰ ملك الميت حتىٰ يُقْضىٰ دينه، ثمّ يقتسمون ما فضل بعد الدَّين والوصية إن كانت.

ولا يشبه هذا الغريمَ إذا طرأ وقد فُرِّقَ مال الميت أو المفلس علىٰ الغرماء، أنّـه يأخـذ من كلّ واحدٍ بقدر دَينه ولا يأخذ دَينه كله من المليء دون المعدَم؛ لأَنَّ الغريـم الغائب لـو كان حاضراً لأخـذ كلّ الغرماء معه ولم يكن هـو أولىٰ منهم، فوجب أن يستووا كلهم في مال الميت أو المفلس علىٰ قدر حقوقهم، ويَتَحَاصّون فيه من غير تَقْدُمَةِ أحدهم علىٰ الآخر.

وليس كذلك الورثة مع الغرماء؛ لأنهم لا يأخذون مع الغرماء شيئًا إذَا كان الدَّيـن بقـدر التركة أو أقـل، فوجب أن يأخذ الغريم من الورثـة كلهم أو من لحق منهم موسـراً، ثمّ يَتْبَعُ الورثة بعضهم بعضـًا، أعني: أنَّ الموسـر الذي أُخِذ الدَّين منه يرجع علىٰ غيره من الورثة بمقدار ما كان يَحُصُّه، فيتبعه به في ذمَّته؛ لأَنَّ أحد

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٧)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [١١/ ٢٥٤]، وينظر: النوادر والزيادات [١٠/ ٢٤].

الورثة ليس هو أحق بالميراث من الآخر، كما أنَّ أحد الغرماء ليس هو أولىٰ بمال الميت والمفلس من الآخر.

❀❀❀

[١٦٦١] مسألة: [٢/١٨/أ] **قال: ومن كان عليه دَينٌ، فإذا دنا حلوله وأراد سفراً، فليس ذلك له إلَّا بحميلٍ، إلَّا أن يكون سفراً يأتي في مثله إلَىٰ ذلك الأجل، فلا يُعرَض له**[1].

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأنّه معلومٌ أنَّ الحق يحل عليه قبل رجوعه، إذَا كان سفراً لا يرجع في مثله حتىٰ يحل الحق، فليس له أن يخرج بغير حميلٍ؛ لأَنَّ صاحب الحق لا يمكنه أخذ حقه منه وهو غائبٌ، فعليه أن يقيم له من يأخذ حقه منه.

فإذا كان سفراً يرجع في مثله قبل حلول الحق، لم يُمنع منه؛ لجواز أن يرجع قبل حلول الأجل.

❀❀❀

[١٦٦٢] مسألة: قال: ومن ابتاع من رجلٍ طعامًا ونقده، ثمّ مات قبل أن يقبضه، فوثب عليه الغرماء، فهو أحق به منهم[2].

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ المشتري قد ملك الطعام باشترائه إياه وصار له وإن

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٥٤]، منتخب الأحكام [١/ ٢٠٩]، البيان والتحصيل [١١/ ٣٢٣].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٧)، النوادر والزيادات [١٠/ ٥٩].

لم يقبضه، وسواءٌ مات البائع قبل قبض المشتري له أو أفلس، فالمشتري أولىٰ به؛ لملكه إياه.

وليس لغرماء البائع أخذه بدينهم؛ لأنَّه قد صار ملكاً للمشتري قبل أن يتعلق للغرماء فيه حقٌّ بموت البائع أو الفلس.

❁❁❁

[١٦٦٣] مسألة: قال: ومن هلك وعليه ألف دينارٍ دَينٌ، وترك ابنًا له، ولم يترك إلَّا ثلاثمئة دينارٍ، فقال ابنه: «أنا أضمن لكم جميع دَين أبي، وخلوا بيني وبين هذه الثلاثمئة سنتين»، فلا بأس بذلك[1].

✍ إنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ هذا لا يجري مجرىٰ قرضٍ يجر نفعاً؛ لأَنَّ للابن مُلكاً في مال أبيه، وإن كان عليه دَينٌ.

ألا ترىٰ: أنَّ له أن يقضي دَين أبيه من غير مال أبيه، وليس للغرماء أن يعترضوا عليه في ذلك، فثبت بهذا أنَّ له شبهة ملكٍ في الثلاثمئة، فجاز أن يقضي دَين أبيه من غيرها بعد مدَّةٍ، ولم يكن في ذلك قرضٌ يجر منفعةً؛ لأنهم لم يقرضوه شيئاً، ولا أخَّروا عنه دَيناً هو في ذمَّته لزيادةٍ ما فيكون مكروهاً.

❁❁❁

[١٦٦٤] مسألة: قال: ومن هلك وترك ابنًا وخادماً[2]**، فعَجَّل ابنه فوطئها فحملت:**

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٨)، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٧٢].

(٢) قوله: «وخادماً»، كذا في شب، وفي المطبوع: «وجارية».

⇦ **فَإِنْ كان ذلك مبادرةً للغرماء** [٢/١٨/ب] **لِيَذْهَبَ بحقهم، بيعت وكان عليه قيمة الولد.**

⇦ **وإن كان لم يعلم، قُوِّمَت وكان ثمنها دَينًا للغرماء عليه**(١).

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الابن إذَا علم بدَين أبيه فهو متعدٍّ بالوطء؛ لأَنَّ الغرماء أولىٰ بالجارية منه إذَا لم يكن للأب مالٌ غيرها، فكانت الجارية للغرماء يبيعونها في دَيْنِهم، ولحق به الولد؛ لأَنَّه وطِئ بشبهةِ ملكٍ.

ألا ترىٰ: أنَّ له قضاء دَين أبيه من غير ثمن الجارية.

فأمّا إذَا لم يعلم بالدَّين فهو غير متعدٍّ بالوطء؛ لأَنَّه فعل ما له فِعْلُهُ، فصارت أم ولدٍ، وكان قيمتها للغرماء دَينًا عليه في ذمَّته.

وأشبه ذلك من وطئ جاريةً فحملت منه وعليه دَينٌ يغترق ثمنها، أَنَّهَا تكون أم ولدٍ؛ لأنّه وطئ وله أن يطأ، فكذلك الابن إذَا وطئ ولم يعلم أنَّ علىٰ أبيه دَينًا، فله أن يطأ، فوجب أن تكون الأمة أم ولدٍ له.

❀❀❀

[١٦٦٥] مسألة: قال: **ومن بِيعَ عَبْدُهُ في دَيْنِهِ بعده، فاشتراه بعض الغرماء، فأراد أن يقاصوه**(٢) **وقد فَضَلت عليه فضلةٌ، فلا شيء له، فَإِنْ كان له مالٌ، وَإِلاَّ بِيعَ**

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٨)، النوادر والزيادات [١٤/ ٢٧٦].

(٢) قوله: «فأراد أن يقاصوه»، كذا في شب، وفي المطبوع: «فإذا أراد أن يقاصوه».

الغلام[(١)] وجُبِرَ[(٢)] منه ما نقص من ثمنه، فَإِنْ لم يوجد له مالٌ، كان النقصان بين الذين لهم الدَّيْن[(٣)].

✍ ولا أعرف معنىٰ هذه المسألة، ولعلِّي أقف عليها فيما بعد بإذن الله تعالىٰ.

❀❀❀

[١٦٦٦] مسألة: قال: ومن كتب في ذكر حقٍّ: «من جاء به اقتضاءً كان له»، فيأتي به غير صاحبه، فلا يَدْفَعُ إِلَيْهِ إلَّا بوكالةٍ[(٤)].

✍ إنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لجواز أن يكون قد ضاع منه فأخذه الذي جاء به، أو أخذه منه بغير إذنه، ولا يجوز للذي عليه الحق أن يدفع ذلك إِلَيْهِ إلَّا أنْ يعلم أنَّ صاحب الحق أمره بذلك.

قال مالك في هذه المسألة: «قد يجوز أن يكون قد سُرِقَ منه ذكر الحق، يعني من صاحبه»[(٥)].

❀❀❀

---

(١) قوله: «فَإِنْ كان له مالٌ، وَإِلاّ بِيعَ الغلام»، كذا في شب، وفي المطبوع: «فَإِنْ كان له مالٌ بِيعَ الغلام».

(٢) قوله: «وجُبِرَ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «وحيز».

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٢٨).

(٤) المختصر الكبير، ص (٣٢٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٥٣]، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٩٤].

(٥) لم أقف عليه.

[١٦٦٧] مسألة: قال: ومن كان عليه دَينٌ، فذكر في مالٍ عنده أنّه وديعةٌ، فَإِنْ كان يُعرف أو كانت له بينةٌ [٢/ ١٩/ أ] **فهو أحق به، إلّا أنْ يأتي بما لا يُعْرَف**(١).

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ صاحب الوديعة حقه معروفٌ بعينه، فهو أولىٰ به، كما كان صاحب السلعة وهو البائع أولىٰ بها إذَا وجدها بعينها عند مفلسٍ من سائر الغرماء؛ لقوة سببه.

فأمّا إذَا لم تعرف عين الوديعة، أو اتُّهِم في إقراره، لم يقبل قوله، وكان صاحبها أسوة الغرماء.

❀❀❀

[١٦٦٨] مسألة: قال: ومن أوصىٰ إِلَىٰ رجلٍ، فباع ماله وهلك عنده ثمّ طرأ دَينٌ، فلا ضمان عليه، والوارث إذَا كان أَمْرُهُ علىٰ الصحة مثل ذلك.

وقد قيل: إنَّ الورثة يضمنون ما غابوا عليه من العين، وأمّا الحيوان الذي اشتروه، ثمّ مات فلا ضمان عليهم فيه، مات في أيديهم أو في يدي غيرهم(٢).

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الوصي والوارث فعلا ما لهما أن يفعلاه من بيع التركة والتصرُّف فيها، فلم يكن عليهما ضمانٌ.

أما الوصي فلا شيء عليه فيما باع، ولا يُتْبَعُ بثمن ما باعه في ذمَّته.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٤]، منتخب الأحكام [١/ ١٨٥]، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٧٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٨)، النوادر والزيادات [١١/ ٣١٢]، البيان والتحصيل [١٣/ ٢٨١].

وأمّا الوارث فبيعه جائزٌ إذَا لم يعلم بالدَّين علىٰ ما بيَّناه، ويؤخذ ثمن ما باع منه، ويُتبَعُ في ذمَّته إن كان معسراً.

فأمّا ما تَلِفَ في يد الوارث: فإنّه إذَا عُلِمَ تَلَفُهُ فلا شيء عليه في ذلك، كالحيوان والعقار؛ لأَنَّ ذلك علىٰ مُلكِ الميت؛ لأَنَّ الوارث لا يملك من مال الميت شيئًا، ولا يرثه دون قضاء دَينه.

فأمّا ما يذكر أنّه تلف عنده مما يخفىٰ تلفه، فَإِنْ قوله غير مقبولٍ؛ لأَنَّ قبضه له ليس هو علىٰ وجه الأمانة، وإنما قبضه هو لنفسه.

فأمّا الوصي، فَإِنَّ قبضه له هو علىٰ وجه الأمانة، فالقول قوله في تلفه ولا ضمان عليه.

❀❀❀

[١٦٦٩] مسألة: قال: وإذا ترك رجلٌ ألف دينارٍ، فتجر فيها الوصي فصارت ألفين، ثمّ طرأ دَينٌ، أُخِذَت الألفان كلها[1].

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الصغير ليس بضامنٍ للألف التي خلفها أبوه لو تلفت في يد الوصي، [٢/١٩/ب] فلم يكن له ربحها؛ لأَنَّ الربح إِنَّمَا يكون لمن يملك أصل المال الذي ربح فيه، أو يُجْعَلُ له حقٌّ في الربح بتصرفه في أصل المال، وذلك

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٨)، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٠]، الجامع لابن يونس [١٧/ ٦٢٨]، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٦٢].

كالمضـارب، والصبي فليس ضامناً للغرماء الألفَ لو تلفت، فلا ربح له؛ لأنَّه لا يملكه بالضمان، ولا هو متصرِّفٌ في المال بأمر الغرماء فيكون له حقٌّ في الربح.

❀❀❀

[١٦٧٠] مسألة: قال: ولو أنفق الوصي المال كله علىٰ الأطفال، لم يضمنه الوصي ولا الأطفال(١).

✍ إِنَّمَـا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الوصي فعل ما له أن يفعل من النفقة علىٰ الأطفال، وذلك واجبٌ عليه، كما لو فعل الحاكم ذلك بهم لجاز فعله، فلم يجب أن يضمن ذلك للغرماء؛ لأنَّه لم يتعمد إتلاف مالهم ولا أخطأ عليهم؛ لأنَّه فعل ما هو واجبٌ عليه من النفقة.

وكذلك الأطفال لا شـيء للغرماء عليهـم، ولا يتبعونهم في ذممهم؛ لأنهم لـم يُتلفـوا أموالهم عامدين، ولا أخطـؤوا عليهم بإتلافها، وإنمـا أَنْفَقَ عليهم من يلزمـه أنْ يُنفـقَ عليهم في الظاهر من مال أبيهم، فلم يكن عليهم ولا علىٰ الوصي غُرْمُ ذلك، ولا اتباعهم دَيناً.

❀❀❀

[١٦٧١] مسـألة: قال: ولو ترك ورثةً قـد بلغوا، فتجروا في الألف فصارت ألفين، ثمّ طرأ دَينٌ، كان النماء لهم، والتَّوَىٰ(٢) عليهم(٣).

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٢٩)، النوادر والزيادات [١٠/ ٣٠].

(٢) قوله: «والتَّوَىٰ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «والنقص».

(٣) المختصـر الكبير، ص (٣٢٩)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ٣٠]، الجامع لابن يونس

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الورثة إذَا كانوا بالغين، فهم ضامنون للمال لو تلف في أيديهم أو أنفقوه، فوجب أن يكون الربح لهم بضمان أصله الذي منه الربح.

ألا ترىٰ: أنَّ الخراج واجبٌ بالضمان، وبه حكم النبيُّ صلىٰ الله عليه[1].

وليس كذلك الأصاغر؛ لأنهم غير ضامنين، فلا ربح لهم علىٰ ما بيَّنَّاه، بل يُقضىٰ الدَّين من الربحِ وأصلِ المال في الأصاغر، فأمّا الأكابر فَإِنَّ الدَّين يُقضىٰ من الألف التي هي مال الميت دون الربح؛ لأَنَّ الربح لهم بالضمان.

❀❀❀

[١٦٧٢] مسألة: قال: ومن هلك أبوه وأمره أن يقضي رجلاً دَيناً عليه، فقضاه وزعم: «أنَّه من مال نفسه، [٢/ ٢٠/أ] وأنَّ أباه لم يترك شيئًا»، فعليه أن يحلف للغرماء: «أنَّ أباه لم يترك شيئًا».

وليس عليه أن يحلف: «أنَّه لم يأمرني أن أقضيكه»؛ لأنَّه لو أقر بذلك وقال: «لا أقضي»، كان ذلك له[2].

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الابن ليس عليه قضاء دَين أبيه إذَا لم يُخَلِّف الأب مالاً يَقْضِي دَينه منه، وليس يلزمه قضاؤه، وإنْ أمره أبوه بذلك؛ لأنَّه متبرِّعٌ بذلك، إن شاء قضىٰ وإن شاء لم يقض.

[١٧/ ٦٢٨].

(١) أخرجه أبو داود [٤/ ١٨٣]، والترمذي [٢/ ٥٦١]، وابن ماجه [٣/ ٣٥٢]، والنسائي في الكبرىٰ [٦/ ١٨]، وهو في التحفة [١٢/ ١١٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٩)، النوادر والزيادات [٨/ ١٤٨].

فَـإِنْ قضىٰ بعـض دَينه، كان الظاهر أنَّه من ماله، وليـس عليه أنْ يقضي دَين أبيه كله.

وليس للغرماء أن يستحلفوه أنَّ أباه لم يأمره بقضاء دَينه؛ لأَنَّ ذلك غير لازمٍ له لو أقر به، ولهم أنْ يسـتحلفوه أنَّ أباه لم يخلف مالاً؛ لجواز أن يكون قد خلَّف في يده مالاً لا يعرفونه.

❀❀❀

[١٦٧٣] مسـألة: قال: ومن توفِّي وترك رهونـًا لا تُعرف أصحابها، ولا كم فيها، ولها زمانٌ طويلٌ؟

قال: تباع ويحبس ثمنها سنةً يُنْتَظَرُ بها الخبر، أو قدر ما يُرَىٰ، فَإِنْ لم يأت أحدٌ قبضها الغرماء في حقوقهم، فَإِنْ جاء طالبٌ يستحق شيئـًا رجع علىٰ الغرماء[١].

✍ إنَّمَـا قَـالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ تـرك الرهون مـدةً طويلةً يؤدي إلَـىٰ تلفها وزوال الانتفـاع بها، فوجب بيعها ودفع ثمنها إلَىٰ المرتهـن بحقه، أو الصدقة بها بعد أنْ يُنتظر بها مدَّةً ما، وهي سنةٌ أو نحو ذلك، كما يُنتظر باللقطة.

وهـذا هـو علىٰ وجـه الاحتياط، وأمّـا الواجب فهـو بيعهـا وقبض حقوق الغرماء منها.

❀❀❀

[١٦٧٤] مسـألة: قال: وإن تحمَّل الابن بدَيـن أبيه، ثمّ طرأ غريمٌ، وقد كان

---

(١) المختصـر الكبيـر، ص (٣٢٩)، النـوادر والزيـادات [١٠/ ٨١]، البيـان والتحصيل [١١/ ٣٩].

دُفِعَ إلىٰ الابن مال أبيه وتحمَّل بما عليه من الدَّين، وقال: «لم أعلم بهذا»، فإنّه يأخذ دَينه من ابنه[1]؛ لأنَّه رضي بذلك[2].

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ الابن قد لزمه قضاء جميع دَين أبيه بالضمان الذي ضمنه، وضمان المجهول جائزٌ عند مالكٍ[3].

وعليه أنْ يقضي كلّ دَين أبيه لكل الغرماء، من حَضَرَ منهم ومن كان غائبًا، عَلِمَ بمقدار دَينه أو لم يعلم؛ لأَنَّ ضمان المجهول جائزٌ؛ [٢/ ٢٠/ب] لأَنَّه معروفٌ يفعله الضامن بالمضمون عنه، فجاز في المعلوم والمجهول، كما تجوز الوصية في المعلوم والمجهول، وكذلك يجوز عتق المجهول والمعلوم، وكذلك تجوز صدقته وهبته عند مالك.

❀❀❀

[١٦٧٥] مسألة: قال: وإذا غاب عن المرأة زوجُهَا وأنفقت علىٰ نفسها وولدها، ثمّ جاء موته، حاصَّت الغرماء بما كان في حياته.

وما أنفقت علىٰ ولده، فإذا بلغوا وأحبوا أن يقضوها، فعلوا[4].

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ نفقة المرأة علىٰ زوجها تجري مجرىٰ المعاوضة، فوجب لها أن تحاص الغرماء بِمَا كانت أنفقت في حياة زوجها.

---

(١) قوله: «ابنه»، كذا في شب، وهو مقتضىٰ السياق، وفي المطبوع: «أبيه».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٩)، النوادر والزيادات [١٠/ ١٥٢].

(٣) ينظر: المدونة [٤/ ١٠٢]، المنتقىٰ للباجي [٦/ ٨٩].

(٤) المختصر الكبير، ص (٣٢٩)، الجامع لابن يونس [٩/ ٢٩٣].

فأمّا ما أنفقته بعد موته فإنها لا تحاصهم؛ لأَنَّ نفقتها بعد الموت غير واجبةٍ عليه؛ لأَنَّ ملكه قد زال عن ماله وصار لغيره.

فأمّا نفقة ولده، فإنّه لا تحاص بها مع الغرماء؛ لأنّها لا تجري مجرىٰ المعاوضة، وإنما هي ضربٌ من المواساة، فكان الغرماء أولىٰ بماله؛ لأنهم قد أُخِذَ منهم عوض ما يأخذونه، وليس كذلك نفقة الولد والوالد؛ لأنَّه لم يؤخذ منهم عوض ما يأخذونه.

ألا ترىٰ: أنَّ الدَّينَ مُقدَّمٌ علىٰ الميراث، والمعنىٰ فيه هو هذا الذي قلنا، أنَّ الدَّين قد أُخِذَ عوضه، فكان ربّ الدَّين أولىٰ، والميراث فلم يؤخذ منه عوضٌ، فلم يكن الوارث أولىٰ.

فأمّا الولد فليس عليهم أنْ يعطوها النفقة من مالهم؛ لأنَّهم إنْ كانوا فقراء في حال ما أنفَقَت عليهم، لم يجز أن تنفق عليهم لتأخذ ذلك منهم وتتبعهم دَيناً في ذمتهم، وإن كان لهم مالٌ، فهم أغنياء بمالهم عن نفقتها، وهي متبرِّعةٌ بالنفقة عليهم علىٰ الوجهين جميعاً، فليس عليهم غُرْمُ ذلك لها، إلَّا أنْ يتبرَّعوا بذلك إنْ شاؤوا.

❀❀❀

[١٦٧٦] مسألة: قال: ومن هلك وترك مالاً قيمته ألف دينارٍ، وترك دَيناً مئتين، فقال الورثة: «نبيع بعض الأموال، ففيما بقي وفاءٌ وفضلٌ»، فَإِنَّ ذلك البيع

[٢/ ٢١/أ] مفسوخٌ [[illegible]][1] تلك الأموال تستهلك، وما يقال ثمن ألفٍ لا يباع بمئة، فَإِنِ استقام ذلك مرةً وجاء علىٰ العافية، فلا يجوز[2].

✍ قد ذكر مالك علة منع جواز بيع الورثة بمال الميت قبل قضاء الدَّين.

ولأنَّ الدَّين مُقدَّمٌ علىٰ الميراث، فلا يجوز لهم أخذ شيءٍ منه ولا بيعه لغير قضاء الدَّين قبل قضاء الدَّين.

❀❀❀

[١٦٧٧] مسألة: قال: ومن استتجر عبْدُهُ فَدَانَ دينًا كبيراً فأفلس به، فلا تباع رقبته، ويتحاصون فيما في يديه من ماله ومال سيده، ولا يحاصهم السيد إلَّا أنْ يكون أسلفه سلفًا أو باعه بيعًا فيكون ذلك مما يتسلفه مثله ويبتاع مثله، فإنّه يحاصهم إذَا كان حقه ثابتًا ببينةٍ.

فَإِنْ كان سيده تحمَّلَ به، فذلك في مال السيد، وإن لم يكن تحمل به، فهو في ذمّته إن أُعْتِقَ يوم ما أُتبع به[3].

✍ إنَّما قال: «إنَّ دَين العبد في ذمَّته دون رقبته»؛ لأَنَّ الدَّينَ وجب علىٰ

---

(١) ما بين [ ]، لم أستظهرها، وليست لعل كما في الصورة، وقد تكون خطأ من النَّاسخ؛ إذ في ديوان الأحكام الكبرىٰ، ص (٥٠٤)، والبيان والتحصيل [١٠/ ٤٠٧]: «لعل».

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٢٩)، ديوان الأحكام الكبرىٰ، ص (٥٠٤)، البيان والتحصيل [١٠/ ٤٠٧].

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٢٩)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٦٨)، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٧]، البيان والتحصيل [١٠/ ٣٧١].

العبد بمراضاةٍ من دائنه إياه، فوجب أن يكون في ذمَّته وأمانته، كما يكون ذلك في ذمَّة الحر وأمانته.

وليس يشبه الدَّين الذي وجب بمراضاةٍ من ربه الجناية؛ لأَنَّ الجناية علىٰ البدن والمال تقع بغير مراضاةٍ من المجني عليه، فوجب أن يكون في رقبة العبد دون ذمَّته.

ولم يجب أيضًا أن يكون الدَّين في رقبة العبد؛ لأَنَّ قيمة رقبته مجهولةٌ.

ألا ترىٰ: أنَّ سيد العبد لو اشترىٰ سلعةً ليقضي ثمنها من رقبة العبد بالغًا ما بلغت، لكان الشراء غير جائزٍ؛ لأَنَّ قيمة رقبته مجهولةٌ، فكذلك لا يجوز أن يكون شراء العبد للسلع وثمنها في رقبته؛ لأَنَّ مقدارها مجهولٌ، بل ذلك في ذمَّته دون ذمَّة سيده، ودون رقبة العبد.

ودَين العبد يُقْضىٰ من:

ماله الذي له، كما يُقْضىٰ دَين الحرِّ من ماله.

ومالِ سيده الذي استتجره به؛ لأَنَّ سيده قد رضي أن يكون الدَّين من هذا المال، كما رضي أن يكون الدَّين في ذمَّة العبد، أعني: الدَّين الذي [٢/ ٢١/ب] يستدينه العبد، فوجب أن يُقضىٰ دَين العبد من ماله ومال سيده الذي أذِنَ له في المداينة عليه.

ويتحاصُّ الغرماء كلهم في ماله ومال سيده الذي أذن له في التجارة فيه، وكذلك يحصاهم سيده فيما باعه من سلعه بعد إذنه له في التجارة أو أقرضه من مالٍ؛ لأنَّه لا فرق بينه وبين غيره من الغرماء في ذلك إذَا ثبت حقه ببينةٍ.

فَـإِنْ تحمَّل سـيده بدين الغرماء الذي علىٰ عبده، لزمـه قضاء ذلك من ماله بالضمان الذي ألزم نفسه.

وَإِنْ لـم يتحمَّل عنه، كان ذلك في ذمَّة العبـد يُتْبَع به إذَا أُعتق، ويؤخذ ذلك من ماله إنْ طرأ له دون كسبه الذي هو للسيد، ودون مالٍ آخر يدفعه إِلَيْهِ السيد.

❀❀❀

[١٦٧٨] مسـألة: قـال: وإذا أراد أن يَحْجُرَ عليه بعد إذنه، لم يجز عليه دون السلطان يوقفه للناس، ومنهم من يأمر به فيُطاف؛ حتىٰ يُعلم ذلك منه(١).

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ ليظهر أمره ويُعلم حَجْرُهُ علىٰ عبده إذَا كان عند الحاكم؛ ليمتنـع النّـاس من معاملتـه ولا يعاملونه علىٰ مـا يعرفون من ظاهر أمـره في إذنِ السـيد لـه؛ ليكون في ذلك حياطةً لمال النّاس والسـيد جميعـًا، فلا تتلف أموال الناس، ولا يلحق السيد ضررٌ في لحوق ذمة عبده الدَّين يؤخذ منه متىٰ عتق.

❀❀❀

[١٦٧٩] مسألة: قال: ومن استُصْنِعَ عبدُهُ، فما أفسده مما دُفَع إِلَيْهِ، فهو في ماله وذمَّته؛ لأنهم استعملوه إياه وائتمنوه عليه، وإن أسلفوه فكذلك(٢).

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ ما دُفِعَ إِلَيٰ العبد ليعمله فقد ائتُمِنَ عليه؛ لأَنَّ صاحبه قـد رضـي بدفعه إِلَيْهِ، فهو بمنزلة الدَّين الذي يداينه، وذلـك في ذمّته علىٰ ما بيَّنَّاه

(١) المختصر الكبير، ص (٣٣٠)، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٦٩)، النوادر والزيادات [٩/ ٣٣٣].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٣٠)، الجامع لابن يونس [١٨/ ٣٩١].

فيما تقدَّم؛ لأَنَّ كلّ ما دُفِعَ إِلَيْهِ بمراضاةٍ فتعدَّىٰ فيه أو لم يتعدَّ، فتلف في يده مما هو في ذمَّته، فذلك كله في ذمَّته.

وما جنىٰ العبد فهو في رقبته؛ لأَنَّ [٢/٢٢/أ] الجناية لا صنع فيها للمجني عليه، ولا رَضِي بها من الجاني، فكانت في رقبة العبد، والدَّين والوديعة والعمل الذي يصنعه فقد أَذِنَ ربُّ هذه الأشياء للعبد فيها ورضي به، فإذا تعدَّىٰ في ذلك أو أخذ الدَّين، فهو في ذمَّته دون رقبته علىٰ ما بيَّنَّاه.

❀❀❀

[١٦٨٠] مسألة: قال: وإذا أقرَّ المأذون له ببضاعةٍ لرجلٍ عند الموت بلا بينةٍ، أُخِذ بذلك، إلَّا أنْ يكون متهماً في الانقطاع والصداقة والمواكلة، فلا يؤخذ بقوله، وكذلك الأحرار إذَا اتُّهِموا بِقَرٍ لولد ولده أو لامرأةٍ طلقها له منها ولدٌ، فَإِنَّ أولئك يُتَّهمون، فهذا وأشباهه علىٰ هذا النحو[١].

✍ إنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لِمَا ذكرناه في غير هذا الموضع: أنَّ كلّ من كان متهماً في إقراره فإقراره غير جائزٍ، إلَّا أن تقوم بينةٌ علىٰ ما أقر به من ذلك فيجوز ذلك، فإذا كان هذا العبد المأذون له مُتَّهماً لمن أقرَّ له عند الموت بمودةٍ له أو صداقةٍ، لم يؤخذ بقوله.

وكذلك الأحرار إذَا اتُّهِموا في إقرارهم، كما إذَا اتُّهِموا في شهادتهم لم يقبل.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٣٠)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٩]، التفريع مع شرح التلمساني [٩/ ٣٩]، منتخب الأحكام [٢/ ٣٥٥].

ألا ترىٰ: أنَّ شهادة الاب لابنه، والابن لأبيه، والعدو علىٰ عدوه، غير مقبولةٍ؛ للتهمة في ذلك، مع جواز أنْ يكون صادقًا. وإن كان غير متهمٍ في الأغلب، قُبِلَ إقراره.

وإنما يُعلم أنّه مُتَّهَمٌ أو غير متهمٍ بما يعرفه النّاس من أحوالهم، ومودة بعضهم لبعضٍ، وانحراف بعضهم عن بعضٍ، يَجْتَهِدُ في ذلك من ينزل به الأمر(١).

❁❁❁

[١٦٨١] مسألة: قال: وإذا أقر المأذون له بدَينٍ للناس وأنكر ذلك سيِّدُهُ، فذلك لازمٌ له إذَا كان مع النّاس في ديونهم(٢).

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ السيد لمَّا أذن له في التجارة والبيع والشراء والأخذ والعطاء، كان كأنه قد ائتمنه علىٰ قوله فيما يأخذ ويعطي، فلزم العبد إقراره، ولم يكن للسيد منعه من ذلك.

❁❁❁

[١٦٨٢] مسألة: قال: ويُحبسُ(٣) العبد في الدَّين حتىٰ يُستبرأ وتُعلم حاله.

---

(١) نقل التلمساني في شرح التفريع [٩/ ٣٩]، هذا الشرح عن الأبهري.

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٣٠)، النوادر والزيادات [١٠/ ٤٩]، منتخب الأحكام [٢/ ٣٥٥].

(٣) قوله: «ويُحبسُ»، كذا في شب، وفي المطبوع: «يحتجز».

وغرماء العبد أولىٰ بماله [٢/ ٢٢/ب] من غرماء سيده، فَإِنْ فَضَلَ فضلٌ كان لهم(١).

✍ إنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّ غرماء العبد هم أولىٰ بالمال الذي في يد العبد؛ لأنَّه هو عين مالهم أو بدله، فكانوا أولىٰ به لهذه العلة؛ فَإِنْ فضل شيءٌ كان لغرماء سيده.

❀❀❀

[١٦٨٣] مسألة: قال: وإذا جنىٰ المأذون له جنايةً وعليه دَينٌ للناس، فَإِنَّ العبد يؤخذ بجنايته، ويكون الدَّين في ذمَّة العبد، افتكه سيده أو أسلمه، وكذلك لو باعه السيد تبعه الدَّين حيث كان.

وللسيد أنْ يبيع عبده وهو أحق بثمنه، وَيُبَيِّنُ إذَا بَاعَ دَيْنَهُ.

وللسيد أن يستعمله ما شاء من عملٍ، ولسيده أن يعتقه(٢).

✍ إنّما قال: «إنَّ جناية العبد المأذون له في رقبته، وديونه في ذمَّته»؛ لأَنَّ الجناية وقعت بغير مراضاةٍ من المجني عليه، ولا صُنْعَ فيها للمجني عليه، فكانت في رقبة العبد لقوة سببها، يكون بها ملكاً للمجني عليه إن لم يفتكَّه سيده.

ودَينه في ذمّته يَتْبَعُه حيث كان؛ لأَنَّ الدَّين واجبٌ بمراضاةٍ من ربه، فكان في ذمَّة العبد دون رقبته، وكذلك إذا باعه سيده وعليه دَينٌ، فدَينه في ذمته، وعليه أن يُبيِّنَ ذلك للمشتري، فَإِنْ لم يُبَيِّنُه كان عيباً للمشتري، ردَّهُ إن شاء.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٣٠)، المدونة [٤/ ٥٩].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٣٠)، المدونة [٤/ ٦٠٣].

وللسـيد أن يعتقه وإن كان عليه دَيـنٌ؛ لأَنَّ دَينه لا يمنع من عتقه؛ لأَنَّ الدَّين فـي ذمتـه، وذمته وهو حرٌّ كذمتـه وهو عبدٌ، وعتقه فهو تحريـر رقبته، فليس يمنع أحدهما الآخر.

❀❀❀

[١٦٨٤] مسـألة: قـال: ولا بـأس أن يضـع المـأذون له من ثمـن التجارة، ويتجاوز في النقد، ويُنظِر بالمال، إِذَا كان استـئلافـًا للناس، فهذا من التجارة، فَإِنْ حابىٰ من يُسْتَنْكَر، ردّه[1].

✍ إنّمـا قال ذلـك؛ لأَنَّ كلّ ما يفعله العبد المأذون له فـي المال الذي دُفِع إِلَيْـهِ ممـا كان فيه صـلاحٌ له في تجارته فهو جائزٌ، سـواءٌ أَخَّر غريمـه أو وضع له شيئـًا، إِذَا كان في ذلك كله نظرٌ.

[٢/٢٣/أ] فَإِنْ كان علىٰ وجه المحاباة لم يجز؛ لأَنَّه ليس له أن يهب ماله ومال سيده الذي هو في يده.

❀❀❀

[١٦٨٥] مسـألة: قال: ومن اسـتخلف عبداً له بأرضٍ علـىٰ تقاضِي خراج مسـاكنه أو دوره، ثمّ اسـتخلف المُسْـتخلَفُ عبدين لسـيده، فَـإِنَّ خلافته إياهما جائزةٌ، ولو استهلكا شيئـًا، كان ذلك علىٰ سيدهما[2].

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٣١)، التفريع مع شـرح التلمساني [٩/ ٣٦٢]، الجامع لابن يونس [١٨/ ١٧٧].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣٣١).

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ إذَا كان سيده قد جعل له أن يستخلفهما، أو رَدَّ الأمر إِلَيْهِ في ذلك علىٰ ما يراه، وفوض ذلك إليه.

❀❀❀

[١٦٨٦] مسألة: قال: ومن دفع مالاً إِلَىٰ آخر فتجر له به، ثمّ فَلَّسَ، فَإِنَّ الغرماء يأخذون ذلك[١].

✍ يعني: يأخذون مال المفلس من الذي يتَّجِر له به؛ لأَنَّ ذلك مال المفلس، وللغرماء أن يأخذوا ماله حيث كان، وفي يد مَنْ كان.

❀❀❀

[١٦٨٧] [٢]مسألة: قال: ومن استؤجر من أهل الصناعات علىٰ صنعةٍ، دَفَعَ ذلك إِلَيْهِ وذهب به إِلَىٰ منزله، فهو ضامنٌ لِمَا أفسد من ذلك.

وإن استأجره أن يعمل له في منزله، فما دخل من فسادٍ فلا غرم عليه، إلَّا أن يتعمد فساد شيءٍ فيضمنه[٣].

✍ إِنَّمَا قَالَ ذَلِكَ؛ لأَنَّه إذَا ذهب به إِلَىٰ منزله فأفسده أو ضاع، فلا يُعلم

(١) المختصر الكبير، ص (٣٣١).

(٢) هذه المسألة وما بعدها، جاءت متصلة بما قبلها من المسائل في المختصر الصغير والكبير، وقد جعلتها منفصلة ووضعت لها باباً مستقلاً في الفهرس، هو: باب تضمين الصناع، كما في التفريع [٢/ ١٨٩].

(٣) المختصر الكبير، ص (٣٣١)، المختصر الصغير، ص (٦٧٠)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٨).

ضياعـه ولا رضي صاحبه بفسـاده، فعليه غُرْمُ ذلك لصاحبـه، إلَّا أنْ يُعْلم ضياعه ببينةٍ تقوم أو أمرٍ ظاهرٍ يُعلم ذلك.

فـإذا كان عنـد صاحب المتاع فقـد عُلم ضياعه فلا شـيء عليه، وقد رضي بفسـاده؛ لأنَّه لم ينكِر ذلك عليه حين كان عنده، إلَّا أن يغر من نفسـه بأن لا يكون من أهل الصناعة، فتلزمه قيمة ما أفسد لتعديه فيما ضيع.

فأمّا إذَا كان من أهل الصناعة والبصر بها فأتىٰ علىٰ يده، لم يكن عليه شيءٌ، وذلـك بمنزلة الطبيب إذَا أخطأ فلا شـيء عليه؛ لأنهم قـد أُذِن لهم في العمل مع جـواز الخطأ والغلط منهم، ومنزلة ذلك كمنزلة الحاكم [١/٨٨/ب] إذا اجتهد فأخطأ فلا غُرْم عليه فيما حكم به.

۞۞۞

[١٦٨٨] مسـألة: قال: ومن دفع إلىٰ غسَّالٍ ثوبـًا فأخطأ به إلىٰ رجلٍ، فلبسه علـىٰ غير معرفـةٍ، فلا غُرم عليه، والغسـال يغرم لصاحب الثوب، فإن لبسـه وهو يعرف أنّه ليس بثوبه، فهو ضامنٌ[(١)].

✍ إنّمـا قـال: «إنه لا غُـرْمَ علىٰ لابس الثـوب فيما لبسـه إذا كان علىٰ غير معرفةٍ»؛ فلأنَّ لابسـه لـم يتعمد إتلاف مال صاحب الثـوب بِلِبْسِ الثوب، فيكون عليـه بدله، ولا أخطأ عليه في ذلـك فيكون أيضـًا عليه بدل ذلك، والمخطئ عليه هو الغسـال، فوجب علىٰ الغسـال غُرم ذلك لصاحب الثوب؛ لأنّه المخطئ عليه إن لـم يعلم، والجاني عليه إن عَلِم.

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٣٠٩)، الموطـأ [٤/ ١٠٨٥]، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٧).

فـإنْ لَبِسَـه وهو يعرف أنّه ليـس بثوبه، فعليه قيمة ما لبـس لصاحبه؛ لأنّه قد أتلف عليه منفعة شـيءٍ لم يملكه وملكها غيـره، فوجب عليه بدل ذلك لصاحبه، كما لو أتلف الثوب لكان عليه قيمة ذلك لصاحبه.

❀❀❀

[١٦٨٩] مسـألة: قـال: وإذا احترق بيت خياطٍ، فـرأىٰ ثوب رجلٍ يحترق، فعليه الضمان، إلّا أن يكون سيلٌ أو صاعقةٌ، والرهن مثله(١).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك، إذا كان قادراً علىٰ تخليصه فلم يخلصه، فعليه غُرم ذلك لصاحبه.

وكذلك الرهن عليه قيمة ذلك لصاحبه؛ لأنّه في يده وهو قادرٌ علىٰ تخليصه، فإذا لم يفعل ذلك حتىٰ تلف فمن قِبَلِه كان التلف، فوجب عليه غرمه لصاحبه.

ويجـوز أن يكون قول مالك، إنّما هو إذا لم يُعلم ما ذكره الصانع والمرتهن بغير قوله، فلا يصدق علىٰ ذلك وعليه غرم ذلك لصاحبه.

فأمّا إذا كان سيلٌ أو صاعقةٌ فلا شيء عليه؛ لظهور ذلك؛ ولأنه لا يقدر علىٰ تخليصه إذا كان كذلك، فلم يفرط فيه حتىٰ تلف، ولم يكن تلفه بسببه.

❀❀❀

[١٦٩٠] مسـألة: قـال: ومن دفع إلىٰ صبَّـاغٍ ثوبـًا يُبَيِّضُـه، وصَبَغَه، [١/٨٩/أ]

---

(١) المختصـر الكبير، ص (٣٠٩)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٧)، النوادر والزيادات [٧/ ٧٥].

فقال: «أنت أمرتني»، فهو مُصَدَّقٌ، والخياط مثل ذلك، والصائغ، إلّا أن يأتوا بأمرٍ لا يُسْتَعمَلون مثله[1].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ الصانع مؤتمنٌ علىٰ الصناعة، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنَّ صاحب الشّيء قد ائتمنه علىٰ العمل، فهو مُصَدَّقٌ فيما يقول إذا أتىٰ بما يشبه مثلـه، وهو أن يكون الذي أمره بالعمـل والصناعة مثله يلبَسُ الذي أمره بالخياطة أو الصنع أو ما أشبه ذلك.

فإذا لم يلبسه ولم يستعمله، كان القول قول ربِّ الشيء؛ لأنَّ العرف يُصَدِّقُ قوله؛ فكان سببه أقوىٰ من سبب الصانع، فكان القول قوله مع يمينه.

وكان القـول قـول الصانع مع يمينه إذا أتىٰ بما يشـبه؛ لأنَّ صاحب الشّـيء قـد صدَّقَه علىٰ الصناعة وخالفه في عينها، فكان القول قول الصانع فيها، من قِبَلِ أنّه لا إرْبَ له ولا بغية في مخالفة ربّ الشّـيء فيما اسـتعمله منه؛ لأنّه سـواءٌ علىٰ الصانـع عمـل ما أمره بـه صاحبه أو غيـره، لا فائدة له في مخالفة ربـه؛ لأنَّ أجرة العمل يأخذها علىٰ حسب العمل الذي عمله، بل صاحب الشّيء يُتَّهَم فيما يدعيه علىٰ الصانع من الخلاف ليضَمِّنَه قيمة الشّـيء الذي دفعه إليه ليعمله، فكان قوله غير مقبولٍ عليه.

فـإن قيل: فقـل كذلـك إذا اختلفا في نفـس العمل، فقـال صاحب الثوب للصانع: «أودعتك»، وقال الصانع: «بل أمرتني أن أعمل فيه».

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣٠٩)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد هذه المسألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٧/ ٨٣]، وينظر: الموطأ [٤/ ١٠٨٤].

قيـل له: كذلك نقـول: إنَّ القول قـول الصانع مع يمينه، وهـذا قول مالكٍ نصًّـا(١).

ووجـه هذا القول: أنَّ العرف يُصَـدِّقُ قول الصانع؛ لأنَّ الصُنَّـاع إنّما يُدفع إليهم للعمل، هذا هو العرف والغالب فيهم، لا أنّه يُدْفع إليهم للوديعة، فمن خرج عـن العرف فيما يدَّعيه لم يقبل قوله، ومن قـال ما يُصَدِّقُه العرف فالقول قوله مع يمينـه، وقـد ذكرنا فيمـا تقدَّم معنىٰ هـذا، فالعرف أصلٌ يرجع إليـه في هذا، وفي السَّيْرِ [١/ ٨٩/ب] والنقد والحمولة وأشباه ذلك.

❀❀❀

[١٦٩١] مسـألة: قـال: **وإن قـال الخيـاط: «أمرتنـي بقَبَـاءٍ»(٢)، وقال ربّ الثـوب: «بقميـصٍ»، فالقول قـول الخياط، وعليـه اليمين(٣)، وله قيمـة ذلك يوم عمله، والصباغ مثل ذلك(٤).**

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لِمَا قلنا: إنَّ الخياط قد أُمِرَ بالخياطة وائْتُمِنَ عليها، فكان القول قوله فيها مع يمينه؛ لأنّه سـواءٌ عليـه خاط قباءً أو قميصـًا، إذ لا فائدة له في

---

(١) ينظر: المدونة [٣/ ٤٦١]، المنتقىٰ للباجي [٦/ ٧٠].

(٢) قوله: «بقَبَاءٍ»، القَبَاءُ: ثوب ضيق من ثياب العجم، ينظر: طرح التثريب [٢/ ٢٣٧].

(٣) قوله: «اليمين»، كذا في شب، وفي المطبوع: «الثمن».

(٤) المختصـر الكبير، ص (٣١٠)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٩)، النوادر والزيادات [٧/ ٨٣].

المخالفـة، ورب الثوب إنّما يريد تضمينه وإسـقاط أجرتـه بذلك، فلم يُقْبَل ذلك منه.

❀❀❀

[١٦٩٢] مسـألة: قال: ومن دَفَعَ إلىٰ حائكٍ ثوبـًا، فقال: «استعملتني سبعـًا في أربعٍ»، وقال ربّ الثوب: «خمسـًا في ثمانٍ»، فيحلف الحائك، فإن نكل ضمن ما أفسد.

والحائـك فـي مثل هـذا والبناء ليسـوا سـواءٌ؛ ولأنَّ [١] الحائك قـد حاز ما استُعْمِل، والبناء لم يحز [٢].

✍ إنَّمـا قالَ ذلك؛ لأنَّ الحائك يحلف علىٰ ما يقول؛ لأنّه أقوىٰ سـببـًا من صاحب الثوب؛ لأنّه قد أُمِرَ بالعمل واؤْتُمِنَ عليه.

فـإن نكل عن اليمين حلـف صاحب الثوب وكان القـول قوله، وعليه قيمة ما أفسـد لصاحب الثوب؛ لأنَّ صاحب الثوب قد قَوِيَ سـببه بامتناع الحائك عن اليمين، فوجب أن يُحكَم بنكول الحائك مع يمين صاحب الثوب.

وقولـه: «ليس الحائك والبناء في هذا سـواءٌ»، قال مالك: «لأنَّ الحائك قد حاز ما اسـتُعمل والبناء لـم يحز»، يعني: أنَّ الحائك وغيره مـن الصناع قد ائتُمِنَ

---

(١) قوله: «ولأن»، كذا في شـب، ولعلها: «لأن»، كما فـي موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٩).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٠)، موطأ ابن وهب، كتاب القضاء في البيوع، ص (٨٩).

علىٰ الصناعة، فالقول قوله مع يمينه، والبناء لم يحز ما يبنيه، فليس القول قوله فيما يذكر أنَّ صاحبه أمره ببنائه.

ويحتمل أن يكون فرَّقَ بينهما من جهة ضمان ما يُفْسِده، فيُلزم الحائك ولا يُلزم البناء إذا كان بحضرة صاحب البناء، إلّا أن يكون البنَّاء من غير أهل الصناعة، فيلزمه ذلك بالتعدِّي.

❀❀❀

[١٦٩٣] مسألة: قال: ولا يضمن الثَّقَابُ لِلؤلؤ إذا انكسر، إلّا أن يكون غَرَّ من نفسه فيضمن، وكذلك القوس تُغْمَز[١]، والرمح تُقَوَّم، إلاّ أن يكون خَرَقَ بذلك[٢].

[١/٩٠/أ] ✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنّه لا بد له من فعل ما فعله به، وقد أُذِنَ له في فعله، فلا شيء عليه إذا أتىٰ علىٰ يده، وذلك بمنزلة الطبيب إذا عالج فأتىٰ علىٰ يده، وكذلك الحاكم إذا حكم فأخطأ فلا ضمان عليه، لأنّه قد أُمِر بالاجتهاد فيما حكم به، وكذلك أمر الصانع للقوس والثَّقَابِ للؤلؤ إذا عملا، فلا ضمان عليهما فيما يأتي علىٰ أيديهما، وكذلك الصناع كلهم إذا فعلوا ما لا بد لهم من فعله فأتىٰ علىٰ أيديهم.

---

(١) قوله: «تُغْمَز»، يعني: يلحقها العيب، ينظر: المصباح المنير، ص (٤٥٣).

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١٠)، النوادر والزيادات [٧/ ٧٣]، المنتقىٰ للباجي [٦/ ٧٢]، البيان والتحصيل [٤/ ٢٥٢].

فـإن خرقـوا فيما يفعلونه ضمنـوا؛ لأنهم قد خرجوا عمـا يُعرف من العمل فيما استُعْمِلوا في مثله.

وكذلـك إذا كانوا من غير أهل البصـر بالصناعة ضمنوا؛ لأنهم متعدُّون بما فعلـوا وغرُّوا من أنفسـهم، وذلك كالحاكم إذا لم يكن مـن أهل الاجتهاد وأخطأ فيمـا حكم، فهـو ضامنٌ؛ لأنّه ليس من أهل الاجتهاد، فهـو متعدٍّ بما حكم، فعليه غرم ما أتلف وأفسد، والله أعلم.

❀❀❀

[١٦٩٤] مسـألة: قـال: وإذا أفسـد الخيـاط خياطـة القميـص، فإنّـه يَتْرك الخياطة، وتُقَوَّم قيمة الثوب صحيحـًا لم يُقَطَع(١)(٢).

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنّه قد أبطل غَرَضَ صاحبه فيه بما أفسـده، فيلزمه قيمة الثوب صحيحـًا بغير عملٍ.

وإن أحب صاحب الثوب، أَخَذَهَ وغرم الخياط ما بين قيمة الثوب صحيحـًا وقيمته مقطوعـًا.

❀❀❀

[١٦٩٥] مسـألة: قـال: وإذا بَعَثَ الخبز إلىٰ الخبـاز، فأعطاه غيره، فيقول:

---

(١) قوله: «لم يُقَطَع»، كذا في شب، وفي المطبوع: «ثم يقطع».

(٢) المختصـر الكبيـر، ص (٣١٠)، وقـد نقـل ابـن أبـي زمنيـن فـي منتخـب الأحـكام [٢/ ٣٤٣]، هذه المسـألة عن ابـن عبد الحكم، وينظر: المدونـة [٣/ ٤٠٠]، النوادر والزيادات [٧/ ٧٠].

«ليس هذا خبزي»، فلا يأخذه، ولكن يأخذ بخبزه مثل خبزه، وإن أخذ أصغر منه، فلا بأس(١).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنّه لا يجوز أن يأخذ غير خبزه وهو يعلم أنَّ ذلك خبز غيره، فلا يجوز له أن يأخذه، بل يأخذ مثل خبزه من الخباز، يتحرَّىٰ أن يكون مثله في الوزن وإن اختلف عدده؛ لأنَّ الغرض في الخبز الوزن والمبلغ لا العدد، كما كان ذلك في الذهب والفضة.

۞۞۞

[١٦٩٦] مسألة: قال: ومن قال لخياطٍ: «قِسْ هذا الثوب»، فيقول: «هذا يكسو»، فيَقْطَعه فيعجز، فلا ضمان عليه(٢).

[١/٩٠/ب] ✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ الخياط إنّما يجتهد فيما يُقَدِّرُهُ من القطع ويقيسه، والمجتهد قد يخطئ في اجتهاده، فلا شيء عليه؛ لأنّه مأذونٌ له في الاجتهاد مع جواز الغلط فيه، كالحاكم إذا اجتهد فأخطأ فلا شيء عليه؛ لأنّه مأمورٌ بالاجتهاد.

وهذا إذا كان الخياط من أهل الصناعة، فأمّا إذا كان من غير أهل الصناعة فإنّه يضمن؛ لأنّه متعدٍّ بما فعل، إذ ليس من أهل الاجتهاد في العمل الذي عمله والتقدير الذي قدره.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٠)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد في النوادر والزيادات [٧/ ٧١]، والباجي في المنتقىٰ [٦/ ٧٣]، هذه المسألة عن ابن عبد الحكم.

(٢) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: المدونة [٣/ ٤٠٣]، النوادر والزيادات [٧/ ٨٩]، البيان والتحصيل [٤/ ٢٢١].

وذلـك بمنزلة من ليس من أهل العلم إذا ولي الحُكْـمَ فاجتهد فأخطأ، فإنّه متعـدٍّ يضمن مـا أتلف باجتهاده من النفس والمال؛ من قِبَـل أنَّ أهل الاجتهاد في الحكـم والصناعـات هم من كانوا من أهلـه، وإنما أُذِنَ لهـم أن يجتهدوا إذا كان مثلهـم ممن يجتهد، فأمّا إذا كان مثلهم ممن ليـس من أهل الاجتهاد فلم يؤذن له وعليهم غُرم ما أفسدوه.

وكذلك كلّ صانعٍ في هذا، مثل الخياط إذا أخطأ أو أتىٰ علىٰ يده فلا شـيء عليه إذا عمل ما لا بُدَّ له من عمله، وذلك كله إذا كان من أهل البصر بالصناعة.

❀❀❀

[١٦٩٧] مسألة: قال: ولا يُصَدَّقُ الصناع بسرقات بيوتهم[1].

إنَّمَـا قـالَ ذلك؛ لأنَّ الصُّنَّاع ليس هم مؤتمنيـن فيكون القول قولهم في تلف الشـيء؛ لأنهم قبضوا الشّـيء لمنفعة أنفسهم، وإن كان في ذلك منفعةٌ لرب المال.

وصفة المؤتمن الذي يكون القول قوله في تلف الشّيء وإن لم يعلم به: هو الذي يقبض الشّيء لمنفعة ربه، كالمُودَعِ، دون من قَبَضَه لمنفعة نفسه، أو لمنفعة نفسه ومنفعة ربه.

وقد رُوِّينا عن عليٍّ وشريحٍ وجماعةٍ: «أَنَّهُمْ ضَمَّنُوا الصُّنَّاعَ»[2]، وقال عليٌّ: «لَا يُصْلِحُ النّاس إِلَّا ذَلِكَ».

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٠)، النوادر والزيادات [٧/ ٧٥].

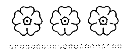
(٢) ينظر أثر شريح في مصنف ابن أبي شيبة [١١/ ٨٤].

رواه حاتم بـن إسـماعيل[١]، عن جعفر بن محمد[٢]، عـن أبيه[٣]، عن عليٍّ عليه السلام[٤].

❀❀❀

[١٦٩٨] مسـألة: [١/٩١/أ] **قـال: ومن دفـع إلىٰ صانعٍ ثوبـًا ودفـع اليه أجرةً، فدفعـه الصانـع إلىٰ غيره، ثـمّ فر الأول، فوجـد الرّجل ثوبه، فإنّـه يأخذه ولا أجر عليه، ويَتْبَع الصانع الآخر الصانع الأول الذي استصنعه**[٥].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ الصانع الثاني لا معاملة بينه وبين ربّ الثوب، وإنما هو بينه وبين الصانع الأول، فلرب الثوب أخذ ثوبه؛ لأنّه ماله، ويتبع الصانع الثاني الأول بأجرته؛ لأنّها وجبت له عليه دون ربِّ الثوب.



---

(١) حاتم بـن إسـماعيل المدني الحارثـي مولاهم، صحيـح الكتاب، صـدوق يهم، من الثامنة. تقريب التهذيب، ص (٢٠٧).

(٢) جعفر بـن محمد بـن علي بن الحسـين بن علي بن أبـي طالب الهاشـمي المعروف بالصادق، صدوق فقيه إمام، من السادسة. تقريب التهذيب، ص (٢٠٠).

(٣) محمد بـن علي بن الحسـين بن علي بن أبي طالب السـجاد، المعـروف بالباقر، ثقة فاضل، من الرابعة. تقريب التهذيب، ص (٨٧٩).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة [١١/ ٨٣]، وعبد الرزاق [٨/ ٢١٧].

(٥) المختصـر الكبيـر، ص (٣١٠)، النـوادر والزيـادات [٧/ ٧٩]، البيـان والتحصيـل [٤/ ٢١٨].

[١٦٩٩] مسألة: قال: وإذا صرع البيطار الدابة فانكسرت، فلا ضمان عليه، إلّا أن يكون تعدَّىٰ فيضمن، والطبيب مثله(١).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لِمَا ذكرناه: أنَّ الطبيب والبيطار وغيرهما من أهل الصناعة إذا فعلوا ما لا بُدَّ لهم من فعله، فتلف الشّيء في أيديهم أو أصابه عيبٌ، فإنّه لا شيء عليهم؛ لأنهم قد أُذِنَ لهم أن يفعلوا ما لا بُدَّ لهم من فعله مع جواز أنْ يلحق الشّيء المصنوع ما لَحِقَهُ، وإذا كان كذلك، لم يكن عليهم غُرم ما لحقه من تلفٍ أو نقصٍ.

فأمّا إذا فعل ما ليس لَهُ فِعْلُهُ أو يستغني عن فِعْله، أو كان من غير أهل الصناعة، فتلف ذلك الشّيء أو انفسد، فعليهم غُرْمُ ذلك؛ لأنهم مُتَعَدُّونَ في الفعل، أو مقصرون بترك التحرز.

❀❀❀

[١٧٠٠] مسألة: قال: ومن دفع إلىٰ غسَّالٍ ثوبًا يغسله، فصبغه صبغًا يزيد أو لا يزيد ولا ينقص، فإن أحب صاحب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ، فذلك له، وإن أبىٰ، غَرم الصباغ قيمة الثوب(٢).

✍ معنىٰ هذه المسألة، هو إذا أقرَّ الصباغ أنّه قد أخطأ في الصبغ أو تعمَّد ذلك، فيكون صاحبه مخيراً:

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١٠)، المدونة [٣/ ٥٠٢ و ٥٠٤]، النوادر والزيادات [٧/ ٧٤].

(٢) المختصر الكبير، ص (٣١١)، النوادر والزيادات [٧/ ٨٢]، منتخب الأحكام [٢/ ٣٤٢].

إما أخذ الثوب ويكون للصباغ ما زاد الصبغ فيه؛ لأنّه لا يجوز منعه من حقه وإن كان قد تعدَّىٰ.

وإما أُلْزِمَ قيمته غير مصبوغٍ، وسُلِّمَ له الثوب.

فأمّا إذا ادَّعىٰ [١/ ٩١/ب] ربّ الثوب علىٰ الصانع أنّه قد أخطأ أو خالف فيما أُمِرَ به، لم يُقْبَل قوله عليه إلّا ببينةٍ، وقد ذكرنا هذا.

❀❀❀

[١٧٠١] مسألة: قال: ومن دفع إلىٰ صانعٍ ثوبًا، فزعم أنّه أعطاه يُرَقِّعُهُ، وزعم الصانع أنّه أعطاه يعمله، فالقول قول الصانع[١].

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ الأغلب في الصناع أنهم إنّما يُدْفَع إليهم الشّيء ليعملوه لا ليُودَعَ عندهم، فإذا ادَّعَىٰ الصانع ما يؤيِّد قوله عرف النّاس وغالبهم كان القول قوله؛ لقوة سببه مع يمينه.

ولم يقبل قول ربِّ الشيء؛ لأنَّ العرف يكذب قوله، وقد قلنا: «إنَّ العرف أصلٌ يُرْجَع إليه عند وقوع التداعي، وذلك مثل النقد إذا وقع فيه الخلاف، رُجِع فيه إلىٰ عرف الناس، وكذلك السير والحمولة وأشباه ذلك، أنّه يُرْجع فيها إلىٰ عرف النّاس في البلد، فيكون القول قول من يشهد العرف له، دون قول من يخرج عن العرف والغالب».



(١) المختصر الكبير، ص (٣١١)، الموطأ [٤/ ١٠٨٤]، موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٨٨)، النوادر والزيادات [٧/ ٨٠]، البيان والتحصيل [٤/ ٢٢٢].

[١٧٠٢] مسألة: قال: ومن دُفِعَ إليه متاعٌ ليصنعه، فانهدم عليه بيته فانكسر، فـلا ضمـان عليه، وإن ركب به البحر بإذن صاحبه فغرق، فلا ضمان عليه، أو تأتي نارٌ فتُحرِقه، فلا ضمان عليه(١).

✍ إنَّمـا قالَ ذلك؛ لأنّه إذا عُلِمَ تَلَفُ الشّـيء عند الصانـع بغير صُنعه، فهو غير متعدٍّ بذلك، ولا مفرطٌ في حفظه، فلا شيء عليه؛ لثبوت تلفه من غير صُنعه.

وليس هو بمنزلة الغاصب فتلزمه قيمة ذلك، وإن تلف بغير فعله.

وكذلـك إذا غـرق في البحر متـىٰ حمله بإذن ربه، فلا شـيء عليه؛ لأنّه غير متعدٍّ بحمله.

❀❀❀

[١٧٠٣] مسـألة: قال: وإذا أفسد الصانع الثوب فسـاداً كثيراً، ضمن قيمته يوم قبضه، وإن كان يسيراً، رَفَاه(٢)، ثمّ ضمن ما نقص بعد الرفو من القيمة(٣).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنّه إذا أفسـده فسـاداً كبيراً فقد أتلف غرض صاحبه منه وأتلف جلَّ منفعته، فعليه قيمة ذلك، وذلك بمنزلة ما لو أتلفه كله أو ذهاب [١/ ٩٢/أ] المنفعة كلها.

---

(١) المختصر الكبير، ص (٣١١)، المدونة [٣/ ٤٠٤].

(٢) يعني: أصلحه، ينظر: المصباح المنير [٢٣٤].

(٣) المختصر الكبير، ص (٣١١)، وقد حكىٰ ابن أبي زيد طرفاً من هذه المسـألة عن ابن عبد الحكم في النوادر [٧/ ٧٠].

فأمّا إذا كان فســاداً يسيراً فعليه قيمة ما نقص؛ لأنَّ أكثر المنفعة باقيةٌ، فليس له أن يأخذ قيمته منه ويسلمه له؛ لبقاء أكثر غرضه فيه.

❀❀❀

[١٧٠٤] مســألة[١]: قــال: ويضمــن القَصَّــارون[٢] قُصَــارَةَ [الفــرو ▇▇▇▇][٣] **إن احتجــوا بأنَّ ذلك يصيبه بأيديهم، فإن شــاؤوا عملوا علىٰ الضمان، وإن شاؤوا تركوا**[٤].

✍ إنَّمَــا قــالَ ذلك؛ لأنّــه لا يُعلــم أنَّ ذلك يصيــب الثوب فــي القصارة لا محالة، وإنما هو شــيءٌ يذكرونه، فعليهم قيمة ما أصابه من ذلك، إلّا أن يُعلم من غير قولهم أنّه يصيبه ذلك لا بد له منه، فلا يكون عليهم شيءٌ.

❀❀❀

[١٧٠٥] مســألة: قال: وإذا سُــرِق بيت الصبَّاغ[٥]**، فيأتي من له عنده شيءٌ،**

---

(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع.

(٢) قولــه: «القصارون»، هو جمــع القصار، وهو هو فاعل القصــارة، وهي تبييض الثياب بالغسل والطبخ ونحوهما، ينظر: المطلع علىٰ أبواب المقنع، ص (٣١٧).

(٣) ما بين [ ]، كذا استظهرتها، كما في الصورة.

(٤) هذه المسألة ساقطة من المطبوع.

(٥) فــي منتخــب الأحــكام [٢/ ٣٥٢]: «الصانــع أو الصبــاغ»، وفــي البيــان والتحصيل [٤/ ٢١٦]: «عن الصنّاع: الصّانع والصّباغ».

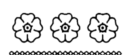
فيقـول[١]: «**هذا ثوب فلانٍ، وهذا ثوب فلانٍ، وقد سُـرِقَ متاع الآخرين**»، **فيحلف أصحاب ذلك ويأخذونه، والمفلس كذلك**[٢].

✍ إنَّمَـا قالَ ذلـك؛ لأنَّ الصابغ لا فائدة له في أن يقـر لغير صاحب الثوب ويدع صاحبه، فكان القول قوله مع يمينه، إلّا أن يُتَّهم لمن أقرَّ له فلا يقبل قوله.

وكذلـك المفلس إذا أقر بأماناتٍ في يده، كان القـول قوله؛ لأنّه لا فائدة له في أن يُقِرَّ لغير مَنْ له حقٌّ ويترك الديون عليه في ذمَّته، إلّا أن يُتَّهم فلا يقبل قوله.

وقد قال مالك: «إنَّ قوله لا يقبل إلّا ببينةٍ؛ لجواز أن يُخْرِجَ المال من يد من فَلَّسه»[٣].

ألا ترىٰ: أنَّ إقراره بعد الفَلَسِ بدَينٍ عليه غير جائزٍ في المال الذي في يده.



[١٧٠٦] مسـألة: قال: ويضمن العبد الصانع ما أفسـد في ذمَّته، وإن خافوا جناية[٤] **ببينٍ للناس فذلك في ذمَّتهم**[٥].

---

(١) أي: الصباغ.

(٢) المختصر الكبيـر، ص (٣١١)، وقـد حكـىٰ ابن أبي زيد هذه المسـألة عـن ابن عبد الحكـم فيٰ النوادر [٧/ ٧٢]، وينظر: منتخب الأحكام [٢/ ٣٥٢]، البيان والتحصيل [٤/ ٢١٦].

(٣) ينظر: النوادر والزيادات [١٠/ ٤٨].

(٤) قوله: «خافوا جناية»، كذا استظهرتها وهي مهملة، وتحتمل أن تكون: «خافوا حياته».

(٥) المختصر الكبير، ص (٣١١)، النوادر والزيادات [٧/ ٧١].

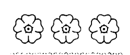
✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ أرباب الشّيء قد سلَّطوه عليه وائتمنوه بدفع ذلك إليه، فكان ذلك في ذمّته كالدَّين أنّه في ذمَّته؛ لأنَّ صاحبه قد رضي بدفع ذلك إليه.

وليس هذا بمنزلة الجناية أَنَّهَا في رقبته؛ لأنّها تقع بغير مراضاة من المجني عليه ولا تفريطٍ منه، كما يكون ذلك في الدَّين والشيء الذي يُدفع إليه ليعمله.

❀❀❀

[٢/١٠٢/ب] [١٧٠٧] مسألة: قال: والصانع أحق بما في يديه إذا فلَّس صاحبه أو مات حتىٰ يستوفي حقه[١].

✍ إنّما قال ذلك؛ لأنَّ الصانع بقبضه الشّيء وحيازته أو عمله فيه بمنزلة من وجد عين ماله عند مفلسٍ أنّه أحق به من سائر الغرماء، وبمنزلة المرتهن أنّه أولىٰ بالرهن في الموت والفلس من سائر الغرماء؛ لقبضه الرهن وحيازته له دونهم، فكذلك الصانع هو أولىٰ بما في يده حتىٰ تُدفع إليه أجرته.



[١٧٠٨] مسألة: قال: ومن استعمل خياطًا قلنسوةً فيبيعها، فيريد صاحبها إنفاد البيع وأخذ الدراهم أو أخذ قلنسوته:

⇦ فأمّا الدراهم فلا يأخذها؛ لأنّه كان لها ضامنًا[٢].

⇦ وإن لم تفت القلنسوة فشاء أن يأخذها، أخذها.

---

(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: النوادر والزيادات [١٠/ ٧٥].

(٢) في البيان والتحصيل [٤/ ٢١٥]، أن مالكًا قال: «وأرىٰ عليه مثلها بعملها له».

خالفه ابن القاسم فقال: إذا كانت قلنسوةً بعينها اشتراها، فإنّه يأخذها أو ثمنها إن شاء، وإن كان اشتراها من ثوبٍ، ثمّ باعها، فله مثلها[(١)].

✍ إنّما قال: «إنه لا يأخذ ثمن القلنسوة ويجيز البيع؛ لأنّه يصير دراهم بدراهم متفاضلةً؛ لأنَّ ثمن القلنسوة هو متعلِّقٌ بذمَّة الصانع، فلا يجوز أن يبيع ذلك صاحب القلنسوة من غيره بثمنٍ يأخذه؛ لأنّه يصير فضةً بفضةٍ أكثر منها، أو ذهبًا بذهبٍ أكثر منه، أو غائبًا بناجزٍ.

وهذا كله إذا كان أسلم إليه في عملها علىٰ صفةٍ ما، فأمّا إذا اشتراها بعينها، ثمّ باعها الذي اشتراها منه قبل قبضها، فالخيار إلىٰ ربها في إجازه البيع وأخذ الثمن، أو رده وأخذ القلنسوة؛ لأنَّ القلنسوة هاهنا ليست في ذمَّته؛ وكذلك ثمنها ليس في ذمته، والأول فالقلنسوة في ذمَّته.

وكذلك الثمن؛ لأنّها سلمٌ، فله مثل قلنسوته، وذلك بمنزلة ما لو استحقت من يده، أنّه يرجع بمثلها علىٰ الصانع، ولو اشتراها بعينها، ثمّ استحقت عليه، لم يرجع بمثلها، وإنما يرجع بالثمن، وقول مالك وابن القاسم في هذا واحدٌ.



[١٧٠٩] مسألة: قال: وإذا دفع إلىٰ الصائغ السوار يُصلح فيه الشّيء باطلاً،

---

(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: النوادر والزيادات [٧/ ٧٢]، البيان والتحصيل [٤/ ٢١٣].

- يعني: بغير أجرٍ -، أو الثوب إلىٰ الغسال يغسله [٢/١٠٣/أ] **باطلاً، فيذهب ذلك، فهو ضامن**(١).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ الصناع في الأصل ضامنون؛ لأخذهم الشّيء لمنفعة أنفسهم، كالمستقرض والمرتهن، لأخذهما الشّيء لمنفعتهما، فسواءٌ عمل بأجرةٍ أو غير أجرةٍ؛ لأنَّ الأصول لا يختلف حكمها وما جعلت عليه.

ألا ترىٰ: أنَّ المُودَعَ لا ضمان عليه، وإنْ شُرِطَ عليه الضمان، والمستقرض عليه الضمان ورَدُّ بدل ما أخذه، وإن شَرَطَ أنّه لا بدل عليه، فكذلك الصائغ عليه الضمان، أخذ لِمَا عمل أجراً أو لم يأخذه.

❀❀❀

[١٧١٠] مسألة: **قال: ومن دفع إلىٰ صائغٍ ذهبًا ودفع إليه مثال سوارين يعمل له مثله، فهو له ضامنٌ**(٢).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ المثال لم يدفعه إليه علىٰ وجه الأمانة، وإنما دَفَعه إليه لحاجته إلىٰ أن يعمل له مثله، فكان ذلك كحاجته إلىٰ الشّيء يعمل له، فمتىٰ تلف واحدٌ من المثال أو الشي الذي يعمل له، فعليه ضمان ذلك، إلّا أن يُعلم تلفه بغير صنعه فلا يكون عليه غرمه.

❀❀❀

(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: موطأ ابن وهب، القضاء في البيوع، ص (٨٨).

(٢) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: النوادر والزيادات [٧/ ٧٦].

[١٧١١] مسألة: قال: وإذا شرط الصانع: «أن لا ضمان عليه»، فلا ينفعه ذلك وعليه الضمان(١).

✍ إنّما قال ذلك؛ لِمَا ذكرنا: أنَّ الأصل في الصناع أنهم ضامنون لقيمة ما يدَّعُون تلفه، إلّا أن يُعْلم ذلك بغير قولهم؛ لأنهم لم يقبضوا الشّيء علىٰ وجه الأمانة، وإذا كان كذلك، لم يَسْقُطِ الضمان عنهم للشرط، كما لا يجب علىٰ المودع الضمان للشرط، وقد قال رسول الله ﷺ: «**كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ الله عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مِئَةَ شَرْطٍ، شَرْطُ الله أَوْلَىٰ، وَقَضَاؤُهُ أَحَقُّ**»(٢).

❀❀❀

[١٧١٢] مسألة: قال: وإذا أخطأ الغسال فدفع إلىٰ رجلٍ غير ثوبه، فلا غُرْم علىٰ اللابس إذا لبسه أياماً، ثمّ رده، إلّا أن يكون أبلاه(٣).

✍ إنَّمَا قالَ ذلك؛ لأنَّ اللابس للثوب إذا لم يعلم أنّه غير ثوبه، فليس هو

---

(١) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: النوادر والزيادات [٧/ ٦٨]، البيان والتحصيل [٤/ ٢٢٥].

(٢) تقدَّم ذكره في المسألة رقم ١٢٥٤ .

(٣) هذه المسألة ساقطة من المطبوع، وينظر: الموطأ [٤/ ١٠٨٥] النوادر والزيادات [٧/ ٨٤]، البيان والتحصيل [٤/ ٢٣١].

مُتْلِفًا علىٰ صاحبه منفعة ثوبه علىٰ وجه العمد ولا الخطأ؛ لأنَّ المخطئ علىٰ ربّ الثوب هو الغسال، فعليه قيمة ذلك لربه، فأمّا إذا أبلاه فعليه قيمته(١).

---

(١) هذا هو آخر القطعة الموجودة في هذا الباب، وقد أورد التلمساني في شرحه جملة من المسائل غير موجودة في القطعة الموجودة، هي:

باب في الحجر

الوصيّ والوليّ مصدّقان فيما ذكرا من النفقة

[٣٦٦] - (والوصيّ مصدَّقٌ فيما ذكر من نفقة اليتيم، وكذلك وليّ السّفيه مصدّقٌ في نفقته).

قال في شرح التفريع [٩/ ٤٨]: «قال الأبهري: ولأنّ النّفقة لا بدّ منها؛ إذ لا بدّ للنّاس من القوت والثوب وأشباه ذلك، فإنّ بهم حاجةً إليه، فعلىٰ الوصي أن ينفق علىٰ اليتيم.

وكذلك الولي ينفق علىٰ السّفيه والمجنون، والقول قوله إذا أتىٰ بما يشبه من النّفقة من غير بيّنةٍ يقيمها علىٰ ذلك؛ لأنّ في تكليفه إقامة البيّنة علىٰ كلّ ما ينفق ضرراً ومشقّةً عليه، وذلك يؤدّي إلىٰ أنّه لا ينفق عليه أصلاً؛ لتعذّر الشّهادة علىٰ النّفقة من كلّ قليلٍ وكثيرٍ.

ولا خلاف في هذا، أنّه ليس عليه أن يأتي بالبيّنة علىٰ ما أنفق إذا كان يشبه ما يذكره من النّفقة».

دعوىٰ الوصيّ بردّ مال اليتيم

[٣٦٧] - (وإذا بلغ اليتيم فادّعىٰ وصيّه أنّه قد ردّ إليه ماله، لم يصدّق عليه، ولم يقبل قوله إلّا ببيّنة تشهد له).

قال في شرح التفريع [٩/ ٤٩]: «قال الأبهري: ولأنّه لا مشقّة عليه في الإشهاد في دفعه المال إليهم؛ لأنّه لا يكون ذلك في مرّةٍ أو مرّتين، وليس يشقّ ولا يتعذّر إقامة البيّنة.

فإن قيل: إنّ القول في ذلك قول وليّ اليتيم؛ لأنّه مؤتمنٌ في ذلك، كما كان القول قول المودع في دفع الوديعة إلىٰ المودَع؛ لأنّه مؤتمنٌ، فوجب أن يستويا في ذلك؟

قيل له: وليّ اليتيم لم يأتمنه اليتيم علىٰ نفسه؛ وكذلك وليّ السّفيه، بل ائتمنه غيره، فلم يقبل قوله في دفع مالهم إليهم إذ أنكروا ذلك؛ لأنّهم لم يؤتمنوا، والمودَعُ ائتمنه المودِعُ واختاره لماله، فقبل قوله في دفع المال إلىٰ المودِعِ؛ لأنّه هو الذي ائتمنه.

كذلك لو قال المودَعُ: قد دفعت المال إلىٰ غير المودِعِ، لم يقبل قوله إلّا ببينة؛ لأنّ الذي يدّعي دفع المال إليه لم يأتمنه.

فلهذا افترق حكم المودَعِ والوصيِّ فيما يذكران دفع المال، أنّ الوصيّ عليه البيّنة علىٰ ذلك، وليس علىٰ المودَع ذلك».

خلط مال اليتيم بمال الوصيّ

[٣٦٨] - (ولا بأس أن يخلط الوصيُّ نفقة اليتيم بماله إذا كان الرّفق في ذلك لليتيم، ولا يجوز إذا كان الرّفق في ذلك للوليّ.

وينبغي لوليّ اليتيم أن يوسّع عليه في نفقته وكسوته بالمعروف علىٰ قدر حاله، ولا بأس بتأديبه).

قال في شرح التفريع [٩/ ٥١]: «واحتجّ الأبهري علىٰ ذلك بقوله تعالىٰ: ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾[البقرة: ٢٢٠] فليس يجوز أن يأخذ الفضل في المخالطة من مال اليتيم؛ لأنّ ذلك ضرراً علىٰ اليتيم، وإذا كان الفضل له علىٰ اليتيم جاز؛ لأنّ في ذلك منفعةً لليتيم.

وإنّما جاز له أن يخلط ماله بماله يتيمه إذا كان نظراً له؛ لمشقّة انفراد كلّ واحدٍ منهما بما يأكل ويشرب، وخاصّةً إذا كانوا في بيتٍ واحدٍ، فجوزت لهم الخلطة علىٰ الصّلاح لليتيم».

وقال أيضاً في [٩/ ٥٢]: «وأمّا قوله: وينبغي للوليّ أن يوسّع عليه في نفقته وكسوته بالمعروف علىٰ قدر حاله:

قال الأبهري؛ وإنّما قال ذلك؛ لقوله تعالىٰ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ الله﴾[الطلاق:٧] وقال النّبيّ ﷺ: «إِنَّ الله إِذَا أَنْعَمَ عَلَىٰ عَبْدٍ، أَحَبَّ أَنْ يَرَىٰ أَثَرَ نِعْمَتِهِ عَلَيْهِ»، فإذا كان اليتيم موسَّعًا عليه، وُسِّعَ عليه في نفقته، وإذا كان فقيراً، أنفق عليه بحسب ذلك؛ لأنّ في ذلك كلّه فعل صلاح اليتيم، وعلىٰ القيّم به أن يفعل ما هو صلاحٌ لليتيم في نفقته وحاله، علىٰ حسب ما يراه كافيًا له، لا يزيد علىٰ حاجته ولا تنقص عن ذلك».

وقال أيضًا: «ويجوز له تأديبه؛ لأنّ في ذلك مصلحةً وحسن تربيته.

قال الأبهري: كما يجوز له أن يفعل ذلك بولده.

وقد روي عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «مَا نَحَلَ وَالِدٌ وَلَدًا أَفْضَلَ مِنْ أَدَبٍ حَسَنٍ».

وروي عن النبيّ ﷺ أنّه قال: «مُرُوا الصِّبْيَانَ بِالصَّلَاةِ لِسَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا لِعَشْرٍ»، فأباح النّبيُّ ﷺ ضربهم تأديبًا لهم، وكذلك يجوز لولي اليتيم ضربه تأديبًا له، ولكنَّ تأديبه له بالرِّفق والمعروف إذا احتاج إلىٰ ذلك».

النّفقة علىٰ أمّ اليتيم وإخراج الزّكاة والأضحية عنه

[٣٦٩] - (ويُنْفَقُ علىٰ أمّ اليتيم من ماله إذا كانت محتاجةً، وتُخرج الزّكاة من ماله، وتؤدّىٰ عنه زكاة الفطر من ماله، ويُضَحَّىٰ عنه من ماله).

قال في شرح التفريع [٩/ ٥٣]: «وأمّا قوله: وتخرج الزّكاة من ماله، فإنّما قال ذلك؛ لأنّ الزكاة من جملة لوازم المال التي يجب علىٰ الوصيّ إخراجها، ويؤدّي عنه زكاة الفطر ويضحّي عنه من ماله؛ لأنّه مأمورٌ بذلك كالأب.

قال الأبهري: ولأنّ زكاة الفطر فرضٌ عليه، فعليه أن يخرج ما يلزمه منها، كما عليه أن يخرج زكاة المال إذا حلّت عليه.

وكذلك يضحّي عنه؛ لأنّ الأضحية واجبةٌ وجوب السنّة، وقال رسول الله ﷺ: «أُمِرْتُ بِالنَّحْرِ، وَهُوَ لَكُمْ سُنَّةٌ».

باب القضاء فيما طرح من السّفن

[٣٧٠]- (وإذا أصاب المركب الخوفُ من الغرق، فطُرِح بعض ما فيه بإذن أهله أو بغير إذنهم، فهم شركاء فيه علىٰ قدر أموالهم).

قال في شرح التفريع [٩/ ٢٨٢]: «قال الأبهري: لأنّ بطرحه يسلم متاعهم، وليس مال أحدهم بالتّرك والبقاءِ أولىٰ من الآخر، فوجب أن يكون ما طُرِح علىٰ كلّ من له متاعٌ، يُقَسَّط ذلك عليهم بقيمته؛ لأنّ بطرحه سلم متاعهم.

ولا كراء لصاحب المركب فيما طُرِحَ من المتاع؛ لأنّ صاحب المتاع لم ينتفع بحمله».

[٣٧١]- (ولا شيء علىٰ صاحب المركب ولا علىٰ الأُجراء، ولا علىٰ الرّكاب الذين لا مال لهم فيه).

قال في شرح التفريع [٩/ ٢٨٣]: «اعلم إنّه إذا أصاب المركب الغرق، فطُرِح بعض ما فيه، فلا شيء علىٰ صاحب المركب، ولا علىٰ الأُجراء، كانوا أحراراً أو مماليك.....

قال الأبهري: لأنّ العبيد أموال كسائر أموال التّجارة، فوجب أن تقسّط قيمة المطروح علىٰ كلّ المال من العبيد والمتاع.

وقال أيضاً: «ولا شيء علىٰ الرّكاب الذين لا مال لهم فيه.

قال الأبهري: لأنّهم ليسوا أموالاً، فلا يلزمهم من قيمة المتاع المطروح شيءٌ؛ لأنّها إنّما تلزم الأموال دون غيرها».

وقال في [٩/ ٢٤٨]: «قال ابن يونس: واختلف في جرم المركب، هل يدخل في القسط أم لا..

وذكر ابن عبد الحكم أنّه قال: أجمع أصحابنا علىٰ أنّ المركب لا تدخل في شيءٍ من أمر الطّرح.

قال مالكٌ في مختصر ابن عبد الحكم: لأنّه لو كان وحده، نجا.

قال الأبهري: لأنّه لا يغرق، بل يبقىٰ علىٰ [الماء]، فلا يلزمه شيءٌ في [....]؛ لأنّ السّفينة لا تغرق ولو كانت فارغةً.

ولأنّ السّفينة ليست محتاجةً إلىٰ المتاع، والمتاع محتاجٌ إلىٰ السّفينة؛ لأنها لو كانت فارغة لم تعطب، فلم تجب علىٰ صاحبها قيمةٌ».

حساب الرّقيق إذا كانوا للتّجارة أو نواتية حين طرح المتاع

[٣٧٢]- (وما كان من الرّقيق للتّجارة، حُسِبَ علىٰ أربابه بقدر أثمانهم، وما كان من الرّقيق نواتية - وهم الملاحون -، لم يحسب عليهم شيءٌ).

قال في شرح التفريع [٩/ ٢٨٦]: «..... ولا شيء علىٰ خَدَمَةِ المركب، أحراراً كانوا أو مماليك، إلّا أن يكون المماليك للتّجارة.

قال الأبهري: لأنّهم أموالٌ كسائر المتاع، فوجب أن تقسط قيمة المطروح علىٰ كلّ المال من العبيد والمتاع.

قال الأبهري: وقال بعض أصحابنا: إنّه لا شيء علىٰ سادات العبيد من قيمة ما طُرِح من المتاع.

قال: لأنّ العبيد لا يجوز طرحهم لحرمتهم، كما لا يجوز طرح الأحرار لحرمتهم، بل ذلك علىٰ المتاع الذي يجوز طرحه.

والصّحيح ما قاله مالك: أنّ قيمة ذلك علىٰ المال جملةً، عبيداً كانوا أو غيرهم؛ لأنّه لولا ما طرح من المتاع، لتلف مالهم كلّهم، وإذا كان كذلك، فلا فرق بين أن يكون ما سلم من المال عبيداً أو متاعاً، والله أعلم».

تقويم المتاع المطروح في البحر

[٣٧٣]- (ويُقَوَّم المتاع المطروح يوم طرحه، وقد قيل: يوم حمله في المركب، وقيل: يحسب الثّمن الذي اشترىٰ به).

قال في شرح التفريع [٩/ ٢٨٨]: «اختلف في المتاع المطروح، متىٰ يُقوَّم؟

فقيل: يقوّم يوم طرحه؛ لأنّ عليهم قيمته وقت التلف لا ما قبله.

قال الأبهري: وإنّما يقال: كم قيمته في هذه الحال إذا لم يكن خوف الغرق».

وقال أيضاً: «وقد قيل: يوم حُمِل في المركب.

قال الأبهري: لأنّ هذا الوقت هو أقرب الأوقات إلىٰ وقت الغرق، فوجب أن يقوّم حينئذٍ؛ لأنَّ وقت الغرق لا قيمة له».

وقال أيضًا: «وقد قيل: بحسب الثمن الذي اشتُرِي به.

قال الأبهري: لأنّ الثّمن الذي اشتري به معلومٌ، وقيمته غير معلومةٍ، وإنّما هي اجتهادٌ باعتبار ما قد عُلِم من الثّمن غيره».

وقال أيضًا: «واختلف بما يقوّم المتاع المطروح....

وقيل: يقوّم في أقرب المواضع إليه، كجزاء الصّيد.

قال الأبهري: ولأنّ في اعتباره قيمته يوم الطرح ضررٌ علىٰ ربّه، إذ لا قيمة له في تلك الحال، فوجب أن تعتبر قيمته في الموضع الذي اشتري به، أو أقرب المواضع إلىٰ الموضع الذي طرح فيه».

في المركبين يصطدما

[٣٧٤]- (وإذا اصطدم مركبان في جريهما، فانكسر أحدهما، فلا ضمان علىٰ الآخر، بخلاف الفرسين المصطدمين).

قال في شرح التفريع [٩/ ٢٩١]: «اعلم أنّه إذا اصطدم مركبان في جربهما، فانكسر أحدهما، فلا ضمان علىٰ الآخر إذا كان ذلك بأمرٍ غالبٍ من ريحٍ أو موجٍ.

قال الأبهري: لأنّهم مغلوبون، غير قادرين علىٰ صرفها، فلا شيء عليهم؛ لأنّهم لا اختيار لهم في ذلك ولا صنع، بل هم مضطّرون إلىٰ ذلك مغلوبون عليه.

وإذا عُلِم أنّ النوتي يقدر علىٰ أن يصرفها فلم يفعل، ضمن».

وقال أيضًا: «وأمّا إن اصطدم فرسان، فمات الفرسان والراكبان، ففرس كلّ واحدٍ منهما في مال الآخر، ودية كلّ واحدٍ منهما علىٰ عاقلة الآخر...

قال الأبهري: ولأنّ كلّ واحدٍ منهما يقدر علىٰ صرف فرسه؛ لأنّ جريه باختيار راكبه. وليس كذلك جري المركب بالريح؛ لأنّ أهل السفينة لا صنع لهم في جريها، ولا اختيار لهم في ذلك.

ألا ترىٰ: أنّهم لا يقدرون علىٰ صرفها عن جهة الرّيح، والفارس يقدر علىٰ صرف فرسه عن جهة الجري، فاختلفا لذلك، فضُمِّنَ الفارسان ما أتلفا بجريهما أو أحدهما، فكلّ واحدٍ منهما يضمن لصاحبه ما أتلف من قيمة فرسه في ماله، أو تكون دية كلّ واحدٍ من الرّجلين علىٰ عاقلة الآخر إذا مات؛ لأنّه قتْلُ خطأٍ».

كتاب القسمة

[٣٧٥]– (وإذا كان بين جماعةٍ شركةٌ في دارٍ أو أرضٍ، فطلب أحدُهم القسمة وأبىٰ الباقون، أُجْبِروا علىٰ القسمة حتّىٰ يأخذ كلّ واحدٍ منهم حقّه).

قال في شرح التفريع [٩/ ٢٩٣]: «واختلف في الدّار الصّغيرة تكون بين الأشراك، فيدعو أحدهم إلىٰ قسمتها، وليس في نصيب أحدهم إذا قسَمَ ما ينتفع به:

فقال مالكٌ: تقسم وإن لم يكن في نصيب كلّ واحدٍ منهم ما ينتفع به لقوله عزّ وجلّ: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَفْرُوضاً﴾[النساء:٧].

قال الأبهري رحمه الله: لأنّ الله عَزَّ وَجَلَّ قسَمَ المواريث بين أهلها».

في قسمة الثّياب والدّور ونحوهما

[٣٧٦]– (وتقسم الثّياب والعروض والدّواب والحيوان بين أربابها).

قال في شرح التفريع [٩/ ٢٩٤]: «قال الأبهري: وإنّما قلنا إنّ العبيد يقسمون؛ لأنّ النّبيّ ﷺ قسم العبيد بالقرعة، فأخرج حصّة الحريّة من حصّة الرقّ الذي هو للورثة.

يدل علىٰ ذلك، ما رواه عمران بن حصين: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْرَعَ بَيْنَ سِتَّةِ أَعْبُدٍ، جَزَّأَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً»، فوجب بهذا الحديث قسم العبيد والحيوان، وكذلك الثّياب كلّها؛ لأنّ كلّ واحدٍ من الشّريكين يريد أن يفرد حقّه من حقّ صاحبه وينفرد به، ولا فرق بين العبيد والحيوان والدُّور والعقار في ذلك».

وقال أيضاً: «ولا تصحّ قسمة أعيان هذه الأشياء، كالعبد والدّابّة والسّفينة...

قال الأبهري: وإنّما لم تقسم السّفينة؛ لأنّ قسمها ضررٌ، ولا يجوز قسم ما كان ضرراً».



في قسمة ما لا ينقسم

[٣٧٧]- (وإذا كان بين رجلين دابّةٌ أو ثوبٌ أو سفينةٌ أو غير ذلك ممّا لا ينقسم، فتشاحّا فيه ولم يتراضيا بالانتفاع به، وأراد أحدهما البيع وأبىٰ الآخر، أجبر الذي أبىٰ علىٰ البيع حتّىٰ يتحصّل الثّمن فيقتسمانه).

قال في شرح التفريع [٩/ ٢٩٦]: «قال الأبهري: لأنّ في ذلك منفعةً لهما؛ لأنّه يتوفّر ثمن ذلك عليه وعلىٰ صاحبه؛ لأنّ نصف العبد ليس يُشتَرَي كما يُشتَرَي كلّه؛ وكذلك الثّوب، فمتىٰ امتنع ذلك كان مضارّاً، وقد قال النّبيُّ ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».

ولا يجوز أن يقال: إنّ الشّريك غير مختارٍ لإخراج ملكه، فلا يجبر عليه؛ لأنّه إذا تعلق بذلك حقّ غيره، أجبر عليه ولم يُلتَفَت إلىٰ اختياره، كالشّفعة.

فإذا ثبت أنّ الشّريك يجبر علىٰ البيع، نُظِر، فإن أراد البيع بما دفع فيه، كان ذلك له؛ لإزالة الضّرر عنه، إلّا أن يشاء الشّريك بيع حصّته مشاعّةً، فلا يلزم الشّريك بيع حصّته معه، وإن اختارا أن يتقاوما رقبة المبيع، فمن زاد علىٰ صاحبه سلّم الآخر له، وهذا الحكم فيما لا تنقسم آحاده».

قسمة الحائط إذا كان مختلف النّخل والشّجر

[٣٧٨]- (وكذلك الحائط إذا كان مختلف النّخل والشّجر، قُسِم علىٰ القيمة والتّعديل، ثمّ ضرب عليه بالسّهام)

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٠٢]: «قال الأبهري: وإذا كانت الحوائط في موضعٍ واحدٍ وكانت منفعتها متقاربةً، قسمت قسماً واحداً، فأعطِيَ كلّ واحدٍ من الورثة حظّه في موضعٍ واحدٍ من ذلك كلّه؛ لأنّ في تفرقته ضرراً عليهم كلّهم، وفي جمعه منفعةٌ لهم كلّهم، فوجب أن يقسم حقّ كلّ وارثٍ قسماً واحداً؛ لأنّ منفعة المقسوم واحدةٌ، فأشبه ذلك الحائط الواحد والدّار الواحدة، لا تفارق ذلك كلّه في المنفعة والغرض.

فأمّا إذا اختلفت منافع ذلك، قسم كلّ واحدٍ من هذه الأشياء علىٰ حدته؛ لأنّه لا يجوز ضمّ مختلف المنافع في القسمة، كما لا يجوز أن يُضَمَّ جنسان مختلفان في القسمة؛

لأنّ القسمة هي إبراز حقّ كلّ واحد من الشّريكين في الشّيء الذي اشتركا فيه إذا كان من جنسه ونوعه، دون ما اختلف جنسه ونوعه.

وكذلك إذا اتّفقت منافع الأشياء وتباعدت مواضعها، قسِم كلّ واحدٍ منها قسماً واحداً.

وإنّما يضم في القسم ما اتّفقت منافعه وأماكنه، فإذا اختلفت في واحدٍ من ذلك أو فيهما جميعًا، قسم كلّ واحدٍ علىٰ حدته».

أخذ العوض علىٰ قسمة المواريث

[٣٧٩]- (مسألةٌ: قال مالكٌ: وإذا جَعَلَت القضاةُ للنّاس جعلاً في المواريث، في كلّ مئة دينارٍ ديناراً، فما هو بحرامٍ بيِّنٍ، وما هو من عمل الأبرار، والحسبة في ذلك أحبّ إلينا من الجعل عليه).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٠٦]: «قال الأبهري: وإنّما قال ذلك؛ لأنّ القيام بالقسم بين النّاس في مواريثهم وأشباه ذلك هو كتعليم العلم ورواية الحديث وأشباه ذلك من أفعال الخير، فيكره لمن فعل ذلك أن يأخذ عليه عوضًا، والتّبرع في فعل هذه الأشياء أفضل.

وكذلك غسل الموتىٰ وحملهم ودفنهم وأشباه ذلك، ليس ينبغي لأحد أن يأخذ عليه عوضًا.

وإن أخذ في قسم المواريث وغيرها عوضًا، لم يكن حرامًا؛ لأنّه لم يكن عليه أن يقوم بذلك، أعني: الذي يتولىٰ القسم، وإنّما ذلك علىٰ الإمام، بأن ينصب للنّاس من يقسم بينهم، كما ينصب لهم من يحكم بينهم ويكون أجره من بيت المال، فمتىٰ لم يفعل ذلك، جاز للنّاس أن يكتروا من يقسم بينهم؛ لحاجتهم إلىٰ ذلك، وجاز للقاسم أن يأخذ الأجرة عليهم؛ لأنّه فعلٌ يجوز، كما يجوز أخذ الأجرة علىٰ فعلٍ مجوّزٍ».

في قسمة الحمّام

[٣٨٠]- (وإذا كان حمّامٌ بين اثنين، فأراد أحدهما قسمته وأبىٰ الآخر، ففيها روايتان:

إحداهما: أنّه يقسم بينهما، والرواية الأخرىٰ: أنّه لا يقسم، ولكن يباع فيقسم ثمنه علىٰ ما بينّاه فيما لا ينقسم).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣١٢]: «قال الأبهري: ولأنّ الحمّام بيتٌ يُنتفع به كسائر البيوت، فليس يمنع من قسمته وإن تغيّر عن حاله؛ لأنّ القسمة لا بدّ أن تبين منافع المقسوم عمّا كانت عليه قبل ذلك، وكذلك الحمام وإن تغيّرت منفعته، وجب قسمه».

وقال أيضاً: «قال اللخمي: وقال مرّةً: لا يقسم...

قال الأبهري: ولأنّ الحمّام إذا قسم، بطل الانتفاع به بوجه ما كان عليه قبله، لأنّه لا يكون حمّاماً، وليس كذلك الدّار والبيت؛ لأنّهما يكونان كذلك بعد القسم».

كتاب الشّفعة

[٣٨١]- (والشُّفعة في الدّور والأرضين والحوانيت مستحقّةٌ، ولا شفعة في عرضٍ ولا حيوانٍ.

والشفعة للخليط، وليس للجار شفعةٌ).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣١٣]: «قال الأبهري: ولأنّ العلماء لم يختلفوا أنّ الشّفعة فيما لم يقسم، وإنّما الخلاف فيما قد قسم.

فقال مالكٌ: لا شفعة للجار، وقال غيره من أهل العراق: إنّ له الشّفعة.

وذهبوا إلىٰ أثرٍ رواة الحسن، عن سمرة رضي الله عنه، أنّ النّبيّ ﷺ قال: «الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ».

وروىٰ عبد الملك العذري، عن عطاءٍ، عن جابر رضي الله عنهما، عن النّبيّ ﷺ أنّه قال: «الشُّفْعَةُ لِلْجَارِ، يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا».

قيل له: معنىٰ هذه الأحاديث - إن صحّت - هو الخليط؛ لأنّ اسم الجار يقع علىٰ المُقَاسِم والخليط، ثمّ بيّن ذلك النّبيُّ ﷺ في حديث أبي هريرة عن النّبيّ ﷺ: «أَنَّهُ قَضَىٰ بِالشُّفْعَةِ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ، فَلَا شُفْعَةَ»، وهذا نصٌّ يمنع التّأويل أنّ الجار إنّما أريد به المقاسم لا الخليط.

على أنّ حديث الحسن عن سمرة غير مسموعٍ؛ لأنّ الحسن لم يسمع من سمرة شيئاً؛ كذا قال أصحاب الحديث، وقال بعضهم: إنّما سمع حديثاً واحداً وهو حديث العقيقة.

وكذلك قالوا في حديث عبد الملك العذري: غير صحيح.

ويحتمل أن يكون النّبيُّ ﷺ أراد بقوله: «الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ»، أي: بمعونته فيما ينوبه من الحوادث والأمور؛ لأنّ الله عَزَّ وَجَلَّ قد أوصىٰ بالجار، فقال تعالىٰ: ﴿وَالجَارِ ذِي القُرْبَىٰ وَالجَارِ الجُنُبِ﴾[النساء:٣٦] وكذلك قال النّبيُّ ﷺ: «مَا زَالَ جِبْرِيلُ يُوصِينِي بِالجَارِ، حَتَّىٰ ظَنَنْتُ أَنَّهُ سَيُوَرِّثُهُ»، وقال ﷺ: «مَا آمَنَ بِي مَنْ بَاتَ شَبْعَانًا وَجَارُهُ طَاوِيًا» وقال ﷺ: «لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ فِي جِدَارِهِ»، فأراد النّبيُّ ﷺ بقوله: «الجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ»، أي: احتمال ما ينوبه من هذه الحقوق، وكذلك يعوده إذا مرض، ويشهد جنازته إذا مات، ويجيبه إذا دعاه.

وإذا احتمل ما قلناه في هذا الحديث المجمل، ثمّ فسّره في حديثٍ آخر: أن لا شفعة إذا وقعت الحدود، كان الحديث المفسّر أولىٰ من المجمل».

وقال في [٩/ ٣١٥] أيضاً: «إذا ثبت هذا فقال مالكٌ: الشُّفعة مستحقّةٌ في العقار والدّور والحوانيت والأرضين والبساتين والنّخيل وما يتّصل بذلك من بناءٍ أو ثمرةٍ، ولا شفعة في عرضٍ ولا حيوانٍ....

قال الأبهري: ولأنّ النّبيّ ﷺ إنّما حكم بالشّفعة في الأرضين دون غيرها، وليس يجوز أن يجمع بينهما من جهة المعنىٰ؛ لأنّ منفعة الأرضين أكثر وأوكد، والإنسان إليها أحوج من غيرها من الأشياء؛ إذ لا بدّ للإنسان من الأرض؛ لاستقرارهم عليها.

وقد يجوز أن يستغنوا عن الحيوان والثياب، أعني: من طريق الفعل لا من طريق الشّرع؛ لأنّ الإنسان يمكنه أن يبقىٰ وقتاً من الزّمان عرياناً، ولا يمكنه أن يكون علىٰ الأرض أو ما يتّصل بها.

وإذا كان كذلـك، كانت منفعة في الأرض أعمّ للنّاس، فأزيل الضّرر عنهم بدخول من لم يعرفوا شركته عليهم - والله أعلم -، وعلىٰ هذا فقهاء الأمصار».

الشّفعة في الطّريق والبئر ونحوهما

[٣٨٢] - (ولا شفعة في طريقٍ ولا بئرٍ ولا فحل نخلٍ).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣١٧]: «إذا ثبت هذا، فلا شفعة في الطّريق....

قال الأبهري: وهذا إذا كان بياضها مقسـومـاً، فأمّا إذا كان بياضها غير مقسـومٍ، ففيها الشّفعة، وكذلك الفحل إذا كان وحده، لا شفعة فيه؛ لأنّه لا ينقسم وليس معه ما يقسم معه، وكلّ هذه الأشـياء لا تنقسـم في أنفسـها، ولا تتبع شـيئاً غير مقسـومٍ تكون فيه الشفعة، فلم تجب فيه الشّفعة لهذه العلّة».

وقـال أيضـاً: «قال مالكٌ: والحديث الذي جاء: «لَا شُـفْعَةَ فِي بِئْـرٍ»، إنّما ذلك في بئر الأعراب، فأمّا بئر الزّرع والنّخل ففيها الشفعة إذا كانت النّخل لم تقسم.

قـال الأبهـري: لأنّ بئر البادية والأعراب ليسـت بملكٍ لأحدٍ حتّـىٰ يبيعها، وإنّما هي لجمله النّاس ينتفعون بها، كالمسـاجد والمقابر والقناطـر ينتفع الناس بها، فلا يجوز بيعها.

فأمّا البئر التي تملك، فلا بأس ببيعها، كما يجوز للإنسان بيع أملاكه، وفيها الشّفعة إذا كانت تبعـاً لبياضٍ غير مقسومٍ؛ لأنّ في أصلها الشّفعة التي هي تبعٌ له.

فإذا لم يكن لها بياضٌ وكان قد قسـم، لم تكن فيها الشّـفعة؛ لأنها لا تنقسم في نفسها، وليست هي تبعـاً لأصلٍ غير مقسومٍ».

الشفعة علىٰ قدر الأنصباء

[٣٨٣] - (والشُّفعة علىٰ قدر الأنصباء، وليست علىٰ عدد الرؤوس).

قال في شـرح التفريـع [٩/ ٣١٩]: «وإنّما قال مالكٌ: إنّ الشـفعة علىٰ قدر الأنصباء؛ لأنّ الشّـفعة إنّما جُعِلت لدفع الضّرر عن الشّركاء بدخول من لم يعرفوا شركته عليهم

في ملكهم، فمن كثرت حصّته كان ما يدخل عليه من الضّرر أكثر علىٰ حسب ملكه، فوجب أن يكون له رفع ذلك بقدر ملكه.

وذلك بمنزلة المحاصّة في مال الغريم، أنّ كلّ واحدٍ من الغرماء يأخذ من ماله بقدر الذي له، ولا يأخذ علىٰ حسب الرّؤوس؛ لأنّ الضّرر الذي يدخل علىٰ صاحب المال الكثير أكثر منه علىٰ صاحب القليل، وإن كان كلّهم لهم دَينٌ وحقٌّ علىٰ الغريم، فوجب أن يأخذ كلّ واحدٍ من مال الغريم بقدر دينه.

وكذلك يضرب أهل الوصايا في الثّلث علىٰ قدر ما أوصي لهم، لا علىٰ عدد رؤوسهم.

وكذلك يجب أن يكون أخذ الشّفعاء بالشّفعة علىٰ قدر أنصبائهم؛ لأنّ الضّرر يدخل عليهم علىٰ قدر ذلك، فمن كان ضرره أكثر، يجب أن تكون منفعته أكبر في أخذ الشفعة.

وليس يشبه هذا الشّركاء إذا كانوا في عبدٍ، وكان لأحدهم النّصف، وللآخر الثّلث، ولآخر السّدس، فأعتق صاحب الثّلث والسّدس ما لهما فيه، أنّ حصّة صاحبه النّصف تقوّم عليهما نصفين، لا علىٰ قدر حصصهما؛ من قِبَل أنّ ضرر الحريّة ودخولها في العبد يستوي فيها القليل والكثير.

فإن كانت أمةٌ لم يقدر سيّدها علىٰ وطئها، فقليل الحريّة مثل الكثير، وإن كان عبداً، لم يقدر أن ينتزع ماله ولا يسافر به.

فلمّا كان الضّرر في دخول الحريّة واحداً في القليل والكثير، وكان صاحب السّدس قد أدخل الضّرر علىٰ شريكه وهو صاحب النّصف كما أدخله صاحب الثّلث، فوجب أن يقوم عليهما نصفين؛ لاستوائهما في الضّرر.

وقد حكي عن مالكٍ في العتق: أنّه يقوّم عليهما علىٰ حسب الحصص أيضًا، بمنزلة الشّفعة، وهذا هو المشهور من قوله، رواه عنه ابن القاسم وابن عبد الحكم، والقول الأول رواه عبد الملك».

الشّفعة بين أهل الميراث

[٣٨٤]- (قال مالكٌ: وأهل كلّ سهمٍ أحقُّ بالشّفعة فيما بينهم دون أهل السّهم الآخر، فمن باع من أهل سهمٍ منهم، فشركاؤه في ذلك السّهم أحقُّ بالشّفعة من باقي الورثة).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٢١]: قال الأبهري: لأنّ أهل كلّ سهمٍ أقرب لبعضهم من بعضٍ من أهل السّهم الآخر، ودخول غيرهم عليهم يضرّ بهم في سهمهم، فوجب أن يكونوا أولىٰ بالشّفعة لإزالة الضّرر الذي يخصّهم عنهم.

ولأنّ الضّرر إلىٰ أهل السّهم الواحد أقرب منه إلىٰ غيرهم من الشركاء، فوجب أن يكونوا أولىٰ بالشّفعة فيما بينهم، إذ الشّفعة إنّما هي لدفع الضّرر بدخول الأجنبيّ عليهم.

ألا ترىٰ: أنّه إذا قسم بينهم، كان لأهل كلّ سهمٍ في القسمة حوزاً منفرداً دون أهل السّهم الآخر».

وقال أيضًا: «فإن باع أهل السّهم الآخر سهمهم الذي ورثوه، فالشّفعة لبقيّة أهل الميراث دون الشّركاء الأجانب.

قال الأبهري: لأنّ الشّراء ليس هو في القوّة كالسّهم المفروض؛ لأنّ الميراث لا بدّ من وقوعه، وليس الشّراء كذلك، إذ الشّراء قد يمكن ألّا يقع، وليس كذلك سهام الفرائض».

[٣٨٥]- (وإن كان في الورثة ذو سهامٍ وعصبةٌ، فباع أحدٌ من ذوي السّهام حقّه، فالشّفعة لأهل سهمه، وإن باع بعض العصبة حقّه، فالشّفعة لذوي السّهام والعصبة جميعًا، فإن باع جميعهم سهمهم، كانت الشّفعة لأهل السّهم الآخر).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٢٢]: «قال الأبهري: لأنّ الزّوجات في الرّبع والثّمن أهل سهمٍ واحدٍ، وكذلك الجدّات ومن أشبههنّ من أهل الفرائض الذين هم أهل سهمٍ واحدٍ هم أولىٰ بالشّفعة فيما بينهم إذا باع واحدٌ منهم من أهل السّهام الآخر أو أهل التّعصيب؛ لأنّ الضّرر يلحقهم، والضّرر أقرب منهم إلىٰ غيرهم من الشّركاء، فوجب

أن يكونوا أولىٰ بالشّفعة فيما بينهم، إذ الشّفعة إنّما هي لدفع الضّرر بدخول الأجنبي عليهم.

ألا ترىٰ: أنّه إذا قسم بينهم، كان لأهل كلّ سهمٍ في القسمة حوزاً مفرداً دون أهل السّهم الآخر، وإذا كانوا كذلك، كانوا أقرب من غيرهم، فهم أولىٰ بالشّفعة فما بينهم من غيرهم من الشّركاء.

فإذا تركوا شفعتهم أو لم يبق منهم أحدٌ، كان لأهل السّهام أو العصبة الشّفعة».

وقال في [٩/ ٣٢٣] أيضاً: «واختلف إذا باع بعض الورثة العصبة:

فقال مالكٌ مرَّةً: هم كأهل سهمٍ واحدٍ، الشّفعة لبقيّتهم.

وقال أيضاً: الشّفعة لجميع الورثة.

قال الأبهري: لأنّ العصبة أضعف، إذ العصبة إنّما يأخذون ما فضل عن أهل السّهام، فسهمهم أضعف، فدخل الأقوىٰ علىٰ الأضعف ولم يدخل الأضعف علىٰ الأقوىٰ، كما قدِّمَ في الميراث الأقوىٰ علىٰ الأضعف ولم يقدم الأضعف علىٰ الأقوىٰ.

ولأنّ أهل السّهام يرثون علىٰ كلّ تقديرٍ، والعصباتُ لا يرثون إلّا في بعض الحالات».

فيمن وُهِبَ لهم سهمٌ من دارٍ أو أرضٍ مشتركةٍ

[٣٨٦] – (ومن وُهِبَ له سهمٌ من دارٍ أو أرضٍ مشتركةٍ، ففيها روايتان:

إحداهما: أنّ فيه الشّفعة بقيمته، والثّانية: أنّه ليس فيه شفعةٌ).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٢٥]: «اختلف فيمن وُهِب له سهمٌ من دارٍ أو أرضٍ مشتركةٍ لغير ثوابٍ هل فيه شفعةٌ أم لا؟

فقال ابن عبد الحكم: اختلف قول مالكٍ في ذلك، فقال مرَّةً: فيه الشّفعة، وقال مرّةً: لا شفعة فيه.

فوجه القول الأوّل: هو أنّه انتقال ملكٍ باختيار المتعاقدين، فوجب فيه الشّفعة، اعتباراً بالبيع.

ووجـه القـول الثّانـي هو أنّه انتقـال ملكٍ بغير عـوضٍ، فلم تثبـت فيه شـفعةٌ، اعتباراً بالميراث.

قـال الأبهـري: ولأنّه أراد بذلك القربـة إلىٰ الله تعالىٰ، فلم يجز إبطـال فعله، ولا مَنْ جُعِـلَ له ذلك، فأشـبه ذلـك الميـراث؛ لأنّ الوارث لـم يأخذ ذلك بعـوضٍ أخرجه، فكذلك الموهوب، فلم تكن فيه الشّفعة، والله أعلم.

قال الأبهري: والأول أقيس؛ لما ذكرناه من دخول الضَّرر علىٰ شريكه، فله إزالة ذلك عنه.

ولأنّ الشّـريك إنّمـا نقـل ملكـه باختياره، وكذلـك المنقـول إليه، وليس يشـبه ذلك الميراث؛ لأنّه لا صنع له في ذلك، أعني: الوُرّاث والموروث.

فأمّا المأخوذ من يده الشّـقص في الهبة والصّدقة، فإنّه يعطي عوض فيه ما يؤخذ منه، فيجعل للواهب والمتصدق الثّواب فيما فعله، ولم يبطل فعله فيما فعل.

وليس فعله وإن كان أراد القربة مبطلاً حقّ غيره الذي هو الشّريك، من إزالة الضّرر عنه إذا شاء، والله أعلم.

قـال الأبهري: ولأنّه أدخل علىٰ شـريكه من لم يعهد شـركته، فكان لشـريكه أن يزيل الضّرر عنه ويأخذ الشّقص بقيمته.

وأشبه ذلك البيع، لأنّه نقل ملكه باختيارٍ منه.

ولا يشـبه الهبة والصّدقة والوصيّة الميراث؛ لأنّ الميراث ليس هو نقل ملكٍ باختيارٍ، ولا صنع للنّاقل فيه؛ ولا المنقول إليه في ذلك».

الشّفعة في السّهم يكون صداقًا أو صلحًا

[٣٨٧]– (ومن تزوّج امرأةً بسـهمٍ من دارٍ أو أرضٍ، ففيه الشّـفعة بقيمته دون صداق المثل.

ومن صالح من دم عمدٍ علىٰ سـهمٍ من دارٍ أو أرضٍ مشـتركةٍ، ففي ذلك الشّفعة بقيمة السّهم).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٢٧]: «إذا ثبت هذا، فالشّفعة بقيمة الشّقص لا بمهر المثل...

قال الأبهري رحمه الله: لأنّ النّكاح ليس يجري أمره مجرىٰ البيع؛ لأنّ البيع موضوعٌ علىٰ المتاجرة والمكايسة والاستقصاء فيه، هذا هو الغالب دون النّادر.

ألا ترىٰ: أنّه لا يجوز البيع بغير ثمنٍ مسمّىٰ.

وليس كذلك النّكاح؛ لأنّ الغرض فيه المواصلة والمكارمة وحصول حرمة النّسب والصّهر، لا المتاجرة والمكايسة.

ألا ترىٰ: أنّه يجوز النّكاح بغير مهرٍ مسمّىٰ، إذ الغرض فيه ليس المهر، ولا يجوز ذلك في البيع؛ لأنّ الغرض فيه الثّمن دون غيره.

وإذا كان كذلك، أخذ الشّفيع الشّفعة بقيمة الشّقص لا بمثل مهر المرأة، وقد يكون مهر المرأة ألفاً وسامحته الزّوجة وأخذت منه شقصاً قيمته مئة، فلو ألزمنا الشّفيع أن يأخذ الشّقص بالألف، كنّا قد حِفْنَا عليه وأعطينا المرأة أكثر ممّا عاضت به.

وقد تكون أيضاً قيمة الشّقص ألفاً ومهر المرأة مئةً، فلو جعلنا للشّفيع أخذ الشّقص بمئةٍ وهو يساوي ألفاً، كنّا قد حفنا علىٰ المرأة وأذهبنا بفضل الزّوج عليها، فكان الأعدل في ذلك قيمة الشّقص.

وهذه هي الحُجَّة في الخلع ودم العمد؛ إذ لا قيمة معلومة لها، فكان الأعدل الرجوع إلىٰ قيمة الشّقص».

فيمن باع ما فيه الشّفعة وما لا شفعة فيه صفقةً واحدةً

[٣٨٨]- (ومن باع ما فيه الشّفعة وما لا شفعة فيه صفقةً واحدةً، فللشّفيع أن يأخذ ما فيه الشّفعة بحصّته من الثّمن).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٢٩]: «وليس للشّفيع أخذ العرض ولا ذلك عليه إن أباه؛ لأنّه لا يلزمه أن يأخذ ما لا شفعة فيه.

قال الأبهري: ولأنّ في أخذه ما لا شفعة له فيه ضررٌ عليه، فليس يلزم ذلك».



فيمن باع سهمـاً من دورٍ مشتركةٍ صفقةً واحدةً

[٣٨٩] - (ومن باع سـهمـاً من دورٍ مشـتركةٍ صفقةً واحدةً وشـفيعها واحدٌ، فأراد أن يأخذ بعض ذلك دون بعضٍ، فليس له إلّا أن يأخذ الجميع أو يترك).

قال في شـرح التفريع [٩/ ٣٣٠]: «قال الأبهري: لأنّ المشـتري يلحقه الضّرر بتفريق صفقته التي اشـتراها، ويخالف ذلك غرضه الذي أراده ودخل عليه، فليس للشّفيع أن يفرّق الصّفقة إذا كان له الشّفعة في كلّها إذا لم يرض بذلك المشتري، فإمّا أخذ الشّفيع الكلّ أو تركه».

وقال أيضـاً: «وكذلك إن اشترىٰ من أحدهم حصّته في نخلٍ، ومن آخر حصّته في دارٍ، ومن آخر حصّته في قريةٍ، في صفقةٍ واحدةٍ، أو كان بائع ذلك كلّه واحدٌ وشـفيع ذلك كلّه واحدٌ، فإمّا أخذ الجميع أو ترك الجميع....

قـال الأبهري رحمه اللـه: لأنّ في ذلك ضرراً علىٰ المشـتري؛ لتفريـق صفقته، وفي أخذ الشّـفيع له منفعةٌ لزوال الضّرر عنه في أملاكه التي يدخل عليه فيها من لم يعرف شركته، فليس له أن يأخذ بعض ذلك ويترك بعضـاً.

ولا يشـبه هذا ما ذكرناه إذا كان في الصّفقة ما لا شـفعة فيه للشّفيع؛ لأنّ في أخذه ما لا شـفعة له فيه ضرراً عليه، فليس يلزم ذلك، وفي تركه بعض ما فيه الشّـفعة ضرراً علىٰ المشتري، فليس له فعل ذلك والله أعلم، إلّا أن يشاء المشتري.

فأمّا إذا كانت صفقاتٌ مفترقاتٌ، فللشفيع أن يأخذ في أيّ صفقةٍ شاء، ويدع أيّ صفقةٍ شاء؛ لأنّه لم يفرّق علىٰ المشتري صفقةً واحدةً».

في بيع سهمٍ له شفعاءُ عدّةٌ، فترك بعضهم الأخذ بالشّفعة

[٣٩٠] - (وإذا بيع سـهمٌ له شـفعاء عدّةٌ، فترك بعضهم الأخذ بالشّفعة، فلمن بقي أن يأخذ الكلّ بشفعته أو يترك، وليس له أن يأخذ منه بقدر نصيبه).

قال في شـرح التفريع [٩/ ٣٣١]: «قال الأبهري: لأنّ المشـتري يلحقه الضّرر بتفريق

صفقته عليه، ويخالف ذلك الغرض الذي أراده، فإن شاء هذا القائم أن يأخذ الجميع، فليس للمبتاع أن يمنعه من ذلك ويقول: لا تأخذ إلّا بقدر حصّتك».

في حضور بعض الشّفعاء وغياب بعضهم

[٣٩١]- (وإن كان بعض الشّفعاء حضوراً وبعضهم غُيّبًا، فللحاضر أن يأخذ الكلّ بشفعته أو يتركه، وليس له أن يأخذ منه بقدر حصّته).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٣٣]: «قال الأبهري: لأنّ في أخذه بعض ذلك إذا كان شفيعًا في كلّه ضرراً علىٰ المشتري وتفريقًا لصفقته، وليس له أن يضرّ به، فإمّا أخذ الكل، أو ترك.

وليس له أن يترك الأخذ حتّىٰ يقدم أصحابه؛ لأنّ في ذلك ضرراً علىٰ المشتري؛ لأنّه يريد أن يتصرّف فيما اشتراه ببناءٍ أو هدمٍ أو عمارةٍ أو غرسٍ، فإذا لم يأخذ الحاضر بالشّفعة، امتنع المشتري من التّصرف فيما اشتراه؛ لجواز أن يؤخذ منه بالشّفعة، فيدخل عليه بامتناعه الضّرر.

فوجب علىٰ الحاضر أن يأخذ الكلّ بالشّفعة أو يترك، ثمّ يكون الغُيَّبُ علىٰ حقوقهم فيما يخصّهم من الشفعة إذا قدموا، يدخلون علىٰ الشفيع في ذلك؛ لأنّ الشّفعة حقٌّ لهم جميعًا.

فإن سلّم، فلا أخذ له مع أصحابه إن قدموا، ولهم أن يأخذوا الجميع أو يدعوا.

فإن سلّموا إلّا واحداً، قيل له: خذ الجميع أو دع.

ولو أخذ الحاضر الجميع، ثمّ قدِم أصحابه، فلهم أن يدخلوا معه كلّهم إن أحبّوا، فيأخذوا بقدر ما كان لهم من شفعتهم.

وإن أخذ بعضهم وأبىٰ البعض، لم يكن للآخذ أن يأخذ بقدر حصّته فقط؛ ولكن يساوىٰ الآخذ فيما أخذ قبله أو يدع».

في انقطاع شفعة الغائب

[٣٩٢]- (ولا تنقطع شفعة الغائب بطول غيبته).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٣٥]: «قال الأبهري رحمه الله: لأنّ الشّفعة حقٌّ من الحقوق، فإذا وجب له، لم ينقطع عنه حتّىٰ يتركها بقولٍ أو فعلٍ يدلّ علىٰ تركها، كما ذكرنا ذلك في شفعة الحاضر.

والغائب أعذر في أخذه الشّفعة بعد طول الزّمان من الحاضر؛ لأنّه علىٰ الأصل أنّه لم يعلم بالشّفعة أو لم يتركها بعد العلم، فمتىٰ ادّعىٰ عليه المشتري ذلك، حلف الشفيع أنّه لم يتركها بعد العلم؛ وذلك في الغائب إذا قدم والحاضر سواءٌ.

وروىٰ أشهب، أنّ النّبيّ ﷺ قال: «يَنْتَظِرُ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا».

ولأنّه معذورٌ بترك المطالبة؛ لأنّه لا يمكنه المطالبة مع الغيبة».

في الحاضر يؤخّر الأخذ بالشّفعة مع علمه بوجوبها

[٣٩٣]- (وإذا أخّر الحاضر الأخذ بالشّفعة مع علمه بوجوب الشّفعة له، ففيها روايتان:

إحداهما: أنّه إذا مضت سَنَةٌ، انقطعت شفعته.

والأخرىٰ: أنّه لا تنقطع شفعته أبداً، حاضراً كان أو غائباً، إلّا أن يُسقِطها أو يظهر منه ما يدلّ علىٰ إسقاطها).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٣٧]: «ووجه الرّواية الثّانية، هو قوله ﷺ: «الشَّرِيكُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِ»، ولم يعلّقه بمدّةٍ.

ولأنّه استيفاء مالٍ، فلم يبطل بترك المطالبة، كأرش الجنايات.

قال الأبهري رحمه الله: ولأنّ الشّفعة حقّ للشّفيع، فهي واجبةٌ له حتّىٰ يُعلَم أنّه قد تركها.

وذلك بمنزلة الخيار للأمة إذا عتقت تحت العبد، أنّ لها الخيار في نفسها أبداً، ما لم يُعلم تركها للخيار، وذلك بأن تختار زوجها، أو يطأها بعد علمها بعتقها وهي طائعةٌ.

وكذلك المشتري للسّلعة المعيبة، له ردّها، إلّا أن يرضىٰ بالعيب، أو يستخدم العبد أو الأمة، أو يستعمل ما اشتراه وبه عيبٌ بعد أن يعلم بالعيب، فليس له الرد؛ لأنّ

استعماله واستخدامه إيّاه بعد علمه بالعيب، دليلٌ علىٰ رضاه به، وقبل أن يُعلّم رضاه بقوله أو دلالة الحال، فله الردّ بالعيب.

وكذلك الشفيع له الأخذ بالشّفعة قبل أن يُعلَم ترك شفعته بالقول ودلالة الحال، وليس في ذلك حدٌّ محدود.

وهذا القول أقيس لما ذكرناه من شهادة الأصول له.

وللمشتري أن يستحلفه: «ما ترك الشّفعة بعد علمه بها» إذا كان قد أتىٰ من الزّمان ما يجوز أن يكون ذلك تركـًا لشفعته؛ لجواز أن يكون قد تركها، فعليه أن يحلف: «أنّه لم يتركها، وأنّه كان معتقداً لأخذها».

فيمن وهب شفعته قبل وجوبها

[٣٩٤]- (ومن وهب شفعته قبل وجوبها، لم تصحّ هبته، ولم تسقط شفعته).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٣٩]: «قال الأبهري: وكترك وليّ الإنسان القود لمن يقتل وليّه قبل أن يقتله، وكترك المقذوف حقّ القذف قبل أن يقذفه».

فيما يسقط الشّفعة وما لا يسقطها

[٣٩٥]- (وشهادته في البيع لا تسقط شفعته، ومساومته للمشتري بعد البيع تسقط شفعته في الشّراء أو الكراء).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٤٠]: «قال الأبهري: رحمه الله: لأنّ الشّفعة إنّما تجب بثبوت البيع، فإذا ثبت البيع بالشّهادة أو إقرار البائع، كان للشّفيع الأخذ بالشّفعة؛ لأنّها شهادةٌ ليست تدلّ علىٰ تركه الشفعة، وإنّما تدلّ علىٰ إثبات الشّراء للمشتري الذي تجب الشّفعة بعده».

في عهدة الشّفيع

[٣٩٦]- (وعهدة الشّفيع علىٰ المشتري، ودركه في الاستحقاق لازمٌ له دون البائع، وسواءٌ أخذ بالشّفعة قبل القبض أو بعده).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٤٣]: «قال الأبهري: ولأنّ الشّفيع في الحقيقة مشترٍ من

المشـتري الذي يأخذ الشّـفعة منه؛ لأنها إنّما تجب له بعد ملك المشـتري لما اشتراه، فعهدته عليه.

وسـواءٌ أخذ الشّقص من يد المشـتري أو البائع؛ لأنّ المشتري قد ملك ما اشتراه وإن كان في يد البائع، فلهذا وجب أن تكون عهده الشّفيع علىٰ المشتري».

فيمن باع سهماً، ثمّ استقال المشتري منه

[٣٩٧]- (ومن باع سـهماً، ثمّ اسـتقال المشـتري منه، فللشّـفيع أخذه بالشّفعة، ولا تُسقط الإقالة شفعته).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٤٥]: «قال الأبهري: معنىٰ هذه المسألة: إذا قصد بالإقالة قطـع الشّـفعة، فليس ذلك لـه، والإقالة باطلةٌ، وللشّـفيع أخذ الشّـقص بالشّـفعة من المشتري، وتكون عهدته عليه.

فأمّـا إذا كانـت الإقالـة صحيحةً، لـم يريد أنّهـا قطعٌ للشّـفعة، فهي جائـزةٌ؛ لأنها بيعٌ مسـتأنفٌ، وللشّـفيع أن يأخذ بالشّـفعة إن شـاء بالصّفقة الأولىٰ، فتكـون عهدته علىٰ المشـتري الأول، وإن شـاء أخذها من البائـع وتكون عهدته عليه؛ لأنّه صار مشـترياً شراءً مستأنفاً.

فهذا وجه المسـألة عندي، وكذلك قال لي غير واحدٍ من شـيوخنا، فإن سـلّم الشّفيع شفعته، صحّت الإقالة.

في بيع السّهم الذي فيه الشّفعة مراراً قبل أخذ الشّفيع له

[٣٩٨]- (وإذا بيع السّـهم الذي فيه الشّـفعة مراراً قبل أخذ الشّـفيع له، فله أن يأخذه بأيّ الصّفقات شاء).

قـال فـي شـرح التفريـع [٩/ ٣٤٧]: «.... وإن كان حاضـراً غير عالـمٍ أو غائباً، كان بالخيار في أخذه بأيّ الصّفقات شاء..

قال الأبهري: لأنّ الشّـفيع له الشّـفعة في كلّ صفقةٍ، فله أن يأخذ الشّـفعة بأيّ صفقةٍ شاء».

[٣٩٩]- (قال مالكٌ: ومن اشترىٰ حظَّ ثلاثة رجالٍ من دارٍ في ثلاث صفقات، فللشّفيع أن يأخذ ذلك أو يأخذ بأيّ صفقةٍ شاء.
فإن أخذ بالأولىٰ، لم تكن للمشتري الأوّل شفعةٌ فيما بعد.
وإن أخذ بالصّفقة الثّانية وترك الأولىٰ، كان المشتري الأوّل شفيعًا في الثّانية وما بعدها بقدر حصّته ممّا اشتراه.
وإن أخذ بالصّفقة الثّالثة، استشفع فيها بالأولىٰ والثّانية).
قال في شرح التفريع [٩/ ٣٤٧]: «قال الأبهري: وهذا إذا كانت الصفقات متفرّقةً، فأمّا إذا كانت الصّفقة واحدةً، فليس للشّفيع أن يأخذ بعضًا ويدع بعضًا؛ لأنّ في ذلك تفريق صفقة المشتري، وفيه ضررٌ عليه.
إلّا أن يشاء المشتري، فيكون للشفيع أخذ ما أراد وترك ما أراد، ممّا يتّفقان عليه».

مطل الشّفيع

[٤٠٠]- (وإذا أراد الشّفيع الأخذ بالشّفعة، واستنظر المشتري بجميع المال، أُجِّلَ ثلاثة أيام، فإن جاء بالمال، وإلّا قضي عليه ببطلان الشّفعة).
قال في شرح التفريع [٩/ ٣٤٩]: «اختلف في الشّفيع يسأل المشتري يؤخّره لينظر ويستشير، هل يمكن من ذلك؟
فقال مالكٌ: لا يُمَكَّن من ذلك، ويجبره السلطان علىٰ الأخذ أو الترك.
وقال في مختصر ابن عبد الحكم: يؤخّره اليومين والثلاثة، لينظر ويستشير.
قال مالكٌ: وهو الذي رأيت القضاة عندنا يأخذون به.
قال الأبهري: وإنّما قال: يؤجل الشّفيع ثلاثة أيّامٍ ليطلب المال ويجمعه؛ لأنّ في تكليفه وزن المال في حال المطالبة ضرراً عليه، وقد قال رسول الله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».
وقد أُخِّر من لزمه حقٌّ ثلاثة أيّام، من ذلك: المرتدّ يؤخّر ثلاثًا ليستتاب فيها، فإن تاب



وإلّا قتل، ومن ذلك: المصرّاة، جعل للمشتري فيها الخيار ثلاثـًا في الردّ والإمساك، فكذلك ما نحن فيه.

وهو ضربٌ من الاجتهاد؛ لإزالة الضّرر عن الشّفيع والمشتري؛ لأنّ المشتري إن تأخّر عنه أكثر من هذا، أضرّ به، وكذلك الشّفيع إن ألزم الثّمن في الحال، أضرّ به».

[٤٠١]- (وللشّفيع أن يرفع المشتري إلىٰ الحاكم، فيأمره بالأخذ أو التّرك، فإن أبىٰ الأخذ أو التّرك، حكم عليه الحاكم بسقوط الشّفعة).

قال في شرح التفريع [٩/ ٣٥٠]: «قال الأبهري: لأنّ المشتري يحتاج إلىٰ التّصرف فيما اشتراه في هدمٍ أو بناءٍ وأشباه ذلك، فمتىٰ أوقف عن فعل هذا لأخذ الشّفيع بالشّفعة، أضرّ به ذلك إذا طال عليه، أو ينفق إلىٰ ما لا حاجة به إلىٰ نفقته، ثمّ يأخذ الشّفيع ذلك منه.

ومتىٰ لم يرفع ذلك إلىٰ الحاكم، ثمّ بنىٰ وتصرّف، كان للشّفيع الشّفعة علىٰ ما بينّاه، إلّا أن يأتي من الزّمان ما يعلم أنّه تارك لها، والله أعلم».

فهرس الموضوعات

